

وعمدة المفتين

للإمام النووي

الجزء الرابع

إشراف
زهير الشاويش

المكتب الاسلامي

الطبعة الثالثة

١٤١٢هـ / ١٩٩١م

المكتب الإسلامي

بيروت : ص.ب : ١١/٣٧٧١ - برقياً : اسلاميا - تلكس : ٤٠٥٠١ - هاتف : ٤٥٠٦٣٨
دمشق : ص.ب : ١٣٠٧٩ - هاتف : ١١١٦٣٧
عمّان : ص.ب : ١٨٢٠٦٥ - هاتف : ٦٥٦٦٠٥ - فاكس : ٧٤٨٥٧٤

كتاب السَّلَم

يقال : السَّلم والسلف ، ولفظة السلف ، تطلق أيضاً على القرض، ويشترك السلم والقرض في أن كلاً منهما إثبات مال في الذمة بمبذول في الحال ، وذكروا في تفسير السلم عبارات متقاربة . منها : أنه عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا . وقيل : إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة . وقيل : إسلاف عاجل في عوض لا يجب تعجيله . ثم السلم : بيع ، كما سبق ، ويختص بشروط .

الشرط الاول:تسليم رأس المال في مجلس العقد . فلو تفرقا قبل قبضه ، بطل العقد. ولو تفرقاقبل قبض بعضه ، بطل فيما لم يقبض،وسقط بقسطه من المسلَم فيه. والحكم في المقبوض، كمن اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض . ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد ، بل لو قال : أسلمت اليك ديناراً في ذمتي في كذا ، ثم عين وسلم في المجلس، جاز ، وكذلك في الصرف لو باع ديناراً بدينار ، أو بدراهم في الذمة ، عين وسلم في المجلس . ولو باع طعاماً بطعام في الذمة ، ثم عين وسلم في المجلس، فوجهان ، أصحهما عند الأصحاب : الجواز . والثاني : المنع ، لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف . فلو قبض رأس المال ثم أودعه عند المسلم قبل التفرق ، جاز . ولو رده إليه عن دين ، قال أبو العباس الروياني : لايصح ، لأنه تصرف قبل انبرام ملكه . فاذا تفرقا، فمن بعض الأصحاب أنه يصح السلم لحصول القبض وانبرام الملك ، ويستأنف إقباضه للدين . ولو كان له في ذمة رجل دراهم ، فقال : أسلمت إليك الدراهم التي لي في ذمتك في كذا ، فان أسلم مؤجلاً أو حالاً ولم يقبض المسلَم فيه قبل التفرق ، فهو

باطل ، وكذا إن أحضره وسلمه في المجلس على الأصح . وأطلق صاحب « التتمة » الوجهين في أن تسليم المسلم فيه في المجلس وهو حالٌ ، هل يغني عن تسليم رأس المال ؟ والأصح: المنع .

فرع

لا يجوز أن يحيل المسلم برأس المال على رجل ، وإن قبضه المسلَم إليه من الرجل في المجلس . فلو قال المحال عليه : سلّمه إليه ، ففعل ، لم يكف لصحة السَّلَم ، لأن الانسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً لغيره ، لكن يصير المسلم إليه وكيلاً عن المسلم في قبض ذلك . ثم السَّلم يقتضي قبضاً آخر ، ولا يصح قبضه من نفسه . ولو أحال المسلم إليه برأس المال على المسلم ، فتفرقا قبل التسليم ، بطل العقد وإن جعلنا الحوالة قبضاً ، لأن المعتبر في السلم القبض الحقيقي . ولو أحضر رأس المال ، فقال المسلم إليه : سلمه إليه ، ففعل ، صح ، ويكون المحتال وكيلاً عن المسلم إليه في القبض .

فرع

لو كان رأس المال دراهم في الذمة ، فصالح عنها على مال ، لم يصح وإن قبض ما صالح عليه . ولو كان عبداً فأعتقه المسلم إليه قبل القبض ، لم يصح إن لم يصحح إعتاق المشتري قبل القبض ، وإلا فوجهان . والفرق أنه لو نفذ ، لكان قبضاً حكماً ، ولا يكفي ذلك في السلم ، فان صححنا متفرقاً قبل قبضه ، بطل العقد . وإلا فيصح . وفي نفوذ العتق وجهان .

فرع

متى فسخ السلم بسبب يقتضيه ، وكان رأس المال معيناً في ابتداء العقد وهو باقٍ ، رجع المشتري بعينه . وإن كان تالفاً ، رجع إلى بدله ، وهو المثل في المثلي ، والقيمة في غيره . وإن كان موصوفاً في الذمة ، وعين في المجلس وهو باقٍ ، فهل له المطالبة بعينه ، أم للمسلم إليه الابدال ؟ وجهان ، أصحها : الأول .

فرع

لو وجدنا رأس المال في يد المسلم إليه ، فقال المسلم : أقبضتكه بعد التفرق ، وقال : بل قبله ، وأقام كل واحد بينة على قوله ، فبينة المسلم إليه أولى . حكي ذلك عن ابن سريج .

فرع

إذا كان رأس المال في الذمة ، اشترط معرفة قدره ، وذكر صفته أيضاً إن كان عوضاً . فان كان معيناً وهو مثلي ، فهل تكفي معاينته ، أم لا بد من ذكر صفته وقدره ، كيلاً في المكيل ، ووزناً في الموزون ، وذرعاً في المذروع ؟ قولان . أظهرهما : الأول . وقيل : إن كان حالاً ، كفت قطعا . والمذهب : طرد القولين فيهما . وإن كان متقوماً وضبطت صفاته بالمعاينة ، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان . قطع الأكثرون بعدم الاشتراط ، وهو المذهب . وقيل بطرد القولين ، ولا فرق على القولين بين السلم الحال والمؤجل على المذهب . وقيل : القولان في المؤجل ، فأما الحالُ ، فتكفي فيه المعاينة قطعاً ، كما في البيع . ثم موضع القولين ، إذا تفرقا

قبل العلم بالقدر ، والقيمة . فلو علما ، ثم تفرقا ، صح بلا خلاف . وبنى كثير من الأصحاب على هذين القولين ، أنه هل يجوز أن يجعل رأس المال مالايجوز السلم فيه ، كالجوهرة ؟ إن قلنا بالأظهر ، جاز، وإلا فلا . قال الامام : وليس هو على هذا الاطلاق ، بل الجوهرة الثمنة إذا عرفا قيمتها وبالغا في وصفها ، وجب أن يجوز جعلها رأس مال ، لأن منع السلم فيه سببه عزّة الموجود ، ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال . وإذا جوزنا السلم، ورأس المال جزاف، واتفق فسخ ، وتنازعا في قدره ، فالقول قول المسلم إليه، لأنه غارم .

قلت : إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير ، حمل على غالب نقد البلد . فلو استوت ، لم يصح حتى يبين كالثمن في البيع . والله أعلم

الشرط الثاني : كون المسلم فيه ديناً، فلو استعمل لفظ السلم في العين فقال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فليس هذا سلماً . وفي انعقاده بيعاً، قولان. أظهرها : لا [1] لاختلال لفظه . ولو قال : بعتكه بلا ثمن ، أو لا ثمن لي عليك ، فقال : اشتريت ،وقبضه ، فهل يكون هبة ؟ فيه مثل هذين القولين ، وهل يكون المقبوض مضموناً ؟ وجهان . ولو قال : بعتك هذا ولم يتعرض للثمن أصلا ، لم يكن تمليكاً على المذهب ، والمقبوض مضمون . وقيل : فيه الوجهان . ولو أسلم بلفظ الشراء ،فقال : اشتريت طعاماً أو ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم ، فقال : بعتك ، انعقد . وهل هو سلم اعتباراً بالمعنى ،أم بيع اعتباراً بلفظه ؟ وجهان . أصحها : الثاني . فعلى هذا ، لا يجب تسليم الدراهم في المجلس ، ويثبت فيه خيار الشرط . وفي جواز الاعتياض عن الثوب قولان ، كما في الثمن . ومنهم ، من قطع بالمنع . وإن قلنا:الاعتبار بالمعنى، وجب تسليم الدراهم في المجلس، ولم يثبت فيه خيار الشرط ، ولم يجز الاعتياض عن الثوب . ولو قال : اشتريت

---

(١) أي : لا ينعقد ، بل يبطل .

ثوبا صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي ، فان جعلناه سلما ، وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس . وإن قلنا : بيع ، لم يجب .

فصل

يصح السلم الحالّ ، كالمؤجل . فان صرح بحلول أو تأجيل ، فذاك ، وإن أطلق ، فوجهان . وقيل : قولان ، أصحها عند الجمهور : يصح ويكون حالاً . والثاني ، لا ينعقد . ولو أطلقا العقد ثم ألحقا به أجلاً في المجلس ، فالنص لحوقه ، وهو المذهب ، ويجيء فيه الخلاف السابق في سائر الالحاقات . ولو صرحا بالأجل في نفس العقد ، ثم أسقطاه في المجلس ، سقط وصار العقد حالاً .

فرع

الشرط المفسد للعقد ، إذا حذفاه في المجلس ، هل ينحذف وينقلب العقد صحيحاً ؟ وجهان . الصحيح الذي عليه الجمهور : لا . وفي وجه : لو حذفا الأجل المجهول في المجلس ، انقلب العقد صحيحاً . واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المفسدات ، كالخيار والرهن الفاسدين وغيرهما . قال الامام : الأصح تخصيصه بالأجل . واختلفوا في أن زمن الخيار المشروط ، هل يلحق بالمجلس في حذف الأجل المجهول تفريعاً على هذا الوجه الضعيف ؟ والأصح : أنه لا يلحق به .

فصل

إذا أسلم مؤجلا ، اشترط كونه معلوماً ، فلا يجوز توقيته بما يختلف ، كالحصاد ، وقدوم الحاج . ولو قال : إلى العطاء ، لم يصح ، إن أراد وصوله ، فان أراد وقت

خروجه وقد عين السلطان له وقتاً ، جاز، بخلاف ما إذا قال : إلى وقت الحصاد، إذ ليس له وقت معين . ولو قال : إلى الشتاء ، أو الصيف ، لم يجز إلا أن يريد الوقت . ولنا وجه شاذ قاله ابن خزيمة من أصحابنا : أنه يجوز التوقيت باليسار .

فرع

التوقيت بشهور الفرس والروم جائز كشهور العرب ، لأنها معلومة ، وكذا التوقيت بالنيروز ، والمهرجان جائز على الصحيح . وفي وجه : لا يصح . قال الامام : لأنهما يطلقان على الوقتين اللّذين تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل برجي الحمل والميزان ، وقد يتفق ذلك ليلاً، ثم ينحبس مسير الشمس كل سنة قدر ربع يوم وليلة . ولو وقت بفصح النصارى ، نص الشافعي رضي الله عنه : أنه لايصح ، فقال بعض الأصحاب بظاهره اجتناباً لمواقيت الكفار . وقال جمهور الأصحاب :إن اختص بمعرفته الكفار ، لم يصح ، لأنه لااعتماد على قولهم ، وإن عرفه المسلمون ، جاز كالنيروز. ثم اعتبر جماعة فيهما معرفة المتعاقدين . وقال أكثر الأصحاب : يكفي معرفة الناس . وسواء اعتبرنا معرفتهما ، أم لا . فلو عرفا ، كفى على الصحيح . وفي وجه : يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما ، لأنهما قد يختلفان ، فلا بد من مرجع . وفي معنى الفصح سائر أعياد أهل الملل ، كفطير اليهود ونحوه .

قلت :الفصح ، بكسر الفاء وإسكان الصاد والحاء المهملتين ، وهو عيد لهم معروف، وهو لفظ عربي . والفطير ، عيد اليهود ، ليس عربياً ، وقد طرّد صاحب الحاوي ، الوجه في الفصح في شهور الفرس وشهور الروم. والله أعلم

فرع

لو وقتا بنفر الحجيج وقيدا بالأول أو الثاني ، جاز . وإن أطلقا ، فوجهان . أحدهما: لا يصح . والأصح المنصوص : صحته ، ويحمل على النفر الأول لتحقق الاسم به ،

ويجري الخلاف في التوقيت بشهور ربيع ، أو جمادى ، أو العيد ، ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول . وفي « الحاوي » وجه : أن التوقيت بالنفر الأول ، أو الثاني ، لا يجوز لغير أهل مكة ، لأن أهل مكة يعرفونه دون غيرهم. وذكر وجهين في التوقيت بيوم القرّ لأهل مكة ، لأنه لا يعرفه إلا خواصهم . وهذا الذي قاله ضعيف ، لأنا إن اعتبرنا علم العاقدين ، فلا فرق ، وإلا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم .

قلت : يوم القرّ ، بفتح القاف وتشديد الراء ، وهو الحادي عشر من ذي الحجة ، سمي به لأنهم يقِرّون فيه بمنى ، وينفرون بعده النفرين ، في الثاني عشر ، والثالث عشر. وهذا الوجه الذي ذكره في « الحاوي » قوي . ودعوى الامام الرافعي رحمه الله شهرته عند غير الفقهاء ومن في معناهم لا تقبل ، بل ربما لا يعرف القرّ كثير من المتفقهين . والله أعلم

فرع

لو أجّلا إلى سنة أو سنين مطلقة ، حمل على الهلالية . فان قيد بالرومية ، أو الفارسية ، أو الشمسية ، أو العددية . وهي ثلاثمائة وستون يوماً ، تقيد . وكذا مطلق الأشهر محمول على الأشهر الهلالية . ثم إن جرى العقد في أول الشهر ، اعتبر الجميع بالأهلة ، تامة كانت أو ناقصة . وإن جرى بعد مضي بعض الشهر ، عدّ باقيه بالأيام ، واعتبرت الشهور بعده بالأهلة ، ثم يتمم المنكسر بثلاثين . وفيه وجه : أنه إذا انكسر شهراً ، اعتبر جميع الشهور بالعدد . وضرب الامام مثلا للتأجيل بثلاثة أشهر مع الانكسار فقال : عقدا وقد بقي من صفر لحظة ، ونقص الربيعان وجمادى ، فيحسب الربيعان بالأهلة ، ويضم جمادى إلى اللحظة من صفر ، ويكمل جمادى

الآخرة بيوم إلا لحظة . ثم قال الامام : كنت أودّ أن يكتفى في هذه الصورة بالأشهر الثلاثة ، فانها جرت عربية كوامل . وما تمناه الامام ، هو الذي نقله صاحب « التتمة » وغيره ، وقطعوا بحلول الأجل بانسلاخ جمادى الأولى . قالوا : وإنما يراعى العدد ، إذا عقد في غير اليوم الأخير ، وهذا هو الصواب .

فرع

لو قال : إلى يوم الجمعة ، أو إلي رمضان ، حل بأول جزءٍ منه ، لتحقق الاسم . وربما يقال : بانتهاء ليلة الجمعة ، وبانتهاء شعبان ، وهما بمعنى ، ولو قال محله : في الجمعة ، أو في رمضان ، فوجهان . أصحها : لا يصح العقد ، لأنه جعل اليوم ظرفاً فكأنه قال : في وقت من أوقاته . والثاني : يصح ، ويحمل على الأول .

قلت : كذا قاله جمهور الأصحاب . إذا قال في يوم كذا ، أو شهر كذا ، أو سنة كذا ، لا يصح على الأصح ، وسووا بينها ، وحكى الطبري في العدّ وجهاً : أنه يصح في يوم كذا دون الشهر ، وجعل صاحب « الحاوي » هذه الصور على مراتب ، فقال : من الأصحاب مَن قال : يبطل في السنة دون الشهر ، قال : فأما اليوم ، فالصحيح فيه الجواز لقرب ما بين طرفيه . والأصح المعتمد ما قدمناه .

والله أعلم

ولو قال : إلى أول رمضان أو آخره ، بطل ، كذا قاله الأصحاب ، لانه يقع على جميع النصف الاول أو الاخير . قال الامام والبغوي : ينبغي أن يصح ، ويحمل على الجزء الاول من كل نصف ، كمسألة النفر ، وكاليوم والشهر ، يحمل على أولها ، وكتعليق الطلاق .

فرع

لو أسلم في جنس إلى أجلين ، أو جنسين إلى أجل ، صح على الاظهر .

الشرط الثالث : القدرة على التسليم ، وهذا الشرط ليس من خواص السلم ، بل يعم كل بيع كما سبق ، وإنما تعتبر القـدرة على التسليم عند وجوبه . وذلك في البيع والسلم الحالّ في الحال ، وفي السلم المؤجل عند المحلّ . فلو أسلم في منقطع لدى المحل ، كالرطب في الشتاء ، أو فيما يعز وجوده كالصيد حيث يعز ، لم يصح . فلو غلب على الظن وجوده ، لكن لا يحصّـله إلا بمشقة عظيمة ، كالقدر الكثير في الباكورة ، فوجهان . أقربهما إلى كلام الاكثرين :البطلان . ولو أسلم في شيء لا يوجد ببلده ويوجد في غيره ، قال الامام : إن كان قريباً منه ، صح ، وإلا فلا ، قال : ولا تعتبر فيه مسافة القصر ، وإنمـا التقريب فيه أن يقال : إن كان يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة ، لا للتحف والمصادرات ، صح السلم ، وإلا فلا . ولو كان المسلم فيه عام الوجود عند المحل ، فلا بأس بانقطاعه قبله وبعـده . وإن أسلم فيما يعم ، ثم انقطع عند المحل لجائحة ، فقولان .أحدهما : ينفسخ العقد . وأظهرهما:لا ، بل يتخير المسلم ، فان شاء فسخ ، وإن شاء صبر إلى وجوده . ولا فرق في جريان القولين بين أن لا يوجد عند المحل أصلا ، أو وجد فسوّف المسلم إليه حتى انقطع . وقيل: القولان في الحالة الأولى . أما الثانية ، فلا ينفسخ فيهـا قطعاً بحال ، فان أجاز ثم بدا له ، مُكّن من الفسخ كزوجة المولى إذا رضيت ثم أرادت المطالبة ، كان لها ذلك .

قلت : هذا هو الصحيح ، وذكر صاحب « التتمة » في باب التفليس وجهين في أن هذا الخيـار على الفور ، أم لا ؟ كالوجهين في خيار من ثبت له الرجوع في المبيـع بالافلاس . والله أعلم

ولو صرح باسقاط حق الفسخ ، لم يسقط على الأصح . ولو قال المسلم إليه : لا تصبر وخذ رأس مالك ، لم يلزمه على الصحيح . ولو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة ، والمسلم فيه معدوم ، جرى القولان . وكذا لو كان موجوداً عند المحل وتأخر التسليم لغيبة أحد المتعاقدين ، ثم حضر وقد انقطع . ولو انقطع بعض المسلم فيه ، فقد ذكرنا حكمه في باب تفريق الصفقة . ولو أسلم فيما يعم عند المحل ، فعرضت آفة علم بها انقطاع الجنس عن المحل ، فهل يتنجز حكم الانقطاع في الحال ، أم يتأخر إلى المحل ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

فرع
فيما يحصل به الانقطاع

فاذا لم يوجد المسلم فيه أصلا ، بأن كان ذلك الشيء ينشأ بتلك البلدة ، فأصابه جائحة مستأصلة ، فهذا انقطاع حقيقي . ولو وجد في غير ذلك البلد ، لكن يفسد بنقله ، أو لم يوجد إلا عند قوم امتنعوا من بيعه ، فهو انقطاع . ولو كانوا يبيعونه بثمن غال ، فليس بانقطاع ، بل يجب تحصيله . ولو أمكن نقله ، وجب إن كان قريباً . وفيما يضبط به القرب خلاف ، نقل فيه صاحب « التهذيب » في آخرين وجهين. أصحهما : يجب نقله مما دون مسافة القصر . والثاني : من مسافة لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً . وقال الامام : لا اعتبار لمسافة القصر . فان أمكن النقل على عسر ، فالأصح أنه لا ينفسخ قطعاً . وقيل : على القولين .

الشرط الرابع : بيان محل التسليم . في اشتراط بيان مكان تسليم المسلم فيه المؤجل اختلاف نص وطرق للأصحاب . أحدها : فيه قولان مطلقا . والثاني : إن عقدا في موضع يصلح للتسليم ، لم يشترط التعيين ، وإلا ، اشترط . والثالث :

إن كان لحمله مؤنة ، اشترط ، وإلا ، فلا . والرابع : إن لم يصلح الموضع ، اشترط ، وإلا ، فقولان . والخامس : إن لم يكن لحمله مؤنة ، لم يشترط ، وإلا ، فقولان. والسادس : إن كان له مؤنة ، اشترط ، وإلا ، فقولان . قال الامام : هذا أصح الطرق ، وهو اختيار القفال . والمذهب الذي يفتى به من هذا كله : وجوب التعيين إن لم يكن الموضع صالحاً ، أو كان لحمله مؤنة ، وإلا ، فلا ، ومتى شرطنا التعيين، فتركاه ، بطل العقد . وإن لم نشرطه فعين ، تعين . وعند الاطلاق يحمل على مكان العقد على الصحيح . وفي « التتمة » : إذا لم يكن لحمله مؤنة ، سلمه في أي موضع صالح شاء . وحكي وجها : أنه إذا لم يكن الموضع صالحاً للتسليم ، حمل على أقرب موضع صالح . ولو عين موضعاً فخرب ، وخرج عن صلاحية التسليم ، فأوجه . أحدها : يتعين ذلك الموضع . والثاني : لا ، وللمسلم الخيار . والثالث : يتعين أقرب موضع صالح .

قلت : الثالث ، أقيسها . **والله أعلم**

وأما السلم الحالُّ ، فلا يشترط فيه التعيين ، كالبيع . ويتعين موضع العقد للتسليم، لكن لو عينا غيره ، جاز ، بخلاف البيع ، لأن السلم يقبل التأجيل ، فقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم ، والأعيان لا تحتمل التأجيل ، فلا تحتمل ما يتضمن تأخير التسليم . قال في « التهذيب » : ولا نعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه ، بل تلك الناحية . وحكم الثمن في الذمة ، حكم المسلم فيه . وإن كان معيناً ، فهو كالمبيع .

قلت : قال في « التتمة » : الثمن في الذمة والأجرة إذا كانت ديناً ، وكذا الصداق، وعوض الخلع ، والكتابة ، ومال الصلح عن دم العمد ، وكل عوض ملتزم في الذمة، له حكم السلم الحال ، إن عين للتسليم مكان ، جاز ، وإلا تعين موضع العقد ، لأن كل الأعواض الملتزمة في الذمة تقبل التأجيل كالمسلم فيه . **والله أعلم**

الشرط الخامس :العلم بالمقدار ، والعلم يكون بالكيل ، أو الوزن ، أو الذرع، أو العد . ويجوز السلم في المكيل وزناً ، وفي الموزون كيلاً إذا تأتى كيله . وفي وجه ضعيف : لا يجوز في الموزون كيلاً ، وحمل إمام الحرمين إطلاق الاصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل في مثله ضابطاً ، حتى لو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلا ، لم يصح . وأما البطيخ ،والقثاء ، والبقول ، والسفرجل، والرمان ، والباذنجان ، والرانج [١] ، والبيض ، فالمعتبر فيها الوزن . ويجوز السلم في الجوز واللوز وزنا إذا لم تختلف قشوره غالباً ، ويجوز كيلاً على الأصح ، وكذا الفستق والبندق .

فصل

لا يجوز السلم في البطيخة ، والسفرجلة ، ولا في عدد منها ، لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها ، وذلك يورث عزة الوجود . وكذا لو أسلم في ثوب وصفه، وقال : وزنه كذا ، أو في مائة صاع حنطة على أن وزنها كذا ، لا يصح لما ذكرنا. ولو ذكر وزن الخشب مع صفاته المشروطة ، جاز ،لأنه إن زاد ، أمكن نحته .وأما اللَّبِن ، فيجمع فيه بين العدد والوزن. فيقول : كذا لبنة ،وزن كل واحدة كذا ، لانه باختياره ، فلا يعز ، ثم الأمر فيها على التقريب .

قلت : هكذا قال أصحابنا الخراسانيون : يشترط في اللَّبِن الجمع بين العدد والوزن، ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن . ونص الشافعي رضي الله عنه في آخر كتاب السلم من « الأم » على أن الوزن فيه مستحب ، لو تركه فلا بأس ، لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخانته ، وأنه من طين معروف . والله أعلم

(١) في « المعرب » للجواليقي : الرانج : الجوز الهندي ، كأنه أعجمي .

فرع

لو عين للكيل مالا يعتاد الكيل به ، كالكوز ، بطل السَّلَم . ولو قال في البيع: بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة ، جاز على الأصح ، لعدم الغرر . ولو عين في البيع أو السلم مكيالاً معتاداً ، لم يفسد العقد على الأصح ، بل يلغو تعيينه كسائر الشروط التي لا غرض فيها . وهل السلم الحالُّ كالمؤجل ، أم كالبيع؟ وجهان. قطع الشيخ أبو حامد ، بأنه كالمؤجل ، لأن الشافعي رضي الله عنه قال : لو أصدقها ملء هذه الجرة خلاًّ ، لم يصح، لأنها قد تنكسر ، فلا يمكن التسليم ، فكذا هنا. ولو قال : أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب ، أو مائة صاع حنطة كهذه الحنطة ، قال العراقيون : لا يصح كمسألة الكوز ، لأن هذه الحنطة والثوب قد يتلفان . وقال في « التهذيب » : يصح ويقوم مقام الوصف . ولو أسلم فى ثوب وصفه ، ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصِّفة ، جاز إن كانا ذاكرين لتلك الأوصاف .

فرع

لو أسلم في حنطة قرية صغيرة بعينها ، أو ثمرة بستان بعينه ، لم يصح . وإن أسلم في ثمرة ناحية ، أو قرية كبيرة ، نظر ، إن أفاد تنويعاً كمعقلي البصرة ، جاز، لانه مع معقلي بغداد صنف [واحد] ، لكن يختلفان في الأوصاف ، فله غرض في ذلك. وإن لم يفد تنويعاً ، فوجهان . أحدهما :أنه كتعيين المكيال لعدم الفائدة . وأصحهما: الصحة ، لانه لا ينقطع غالباً .

الشرط السادس : معرفة الاوصاف . فذكر أوصاف المسلم فيه في العقد ، شرط ، فلا يصح السلم فيما لا تنضبط أوصافه ، أو كانت تنضبط ، فتركا بعض ما يجب

ذكره . ثم من الاصحاب من يشترط التعرض للأوصاف التي يختلف بها الغرض ، ومنهم من يعتبر الاوصاف التي تختلف بها القيمة ، ومنهم من يجمع بينها ، وليس شيء منها على إطلاقه ، فان كون العبد قوياً في العمل ، أو ضعيفاً ، أو كاتباً ، أو أمياً ، وما أشبه ذلك ، أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة ، ولا يجب التعرض لها . لتعذر الضبط أسباب ، منها : الاختلاط ، والمختلطات أربعة أنواع .

الاول : المختلطات المقصودة الأركان ، ولا ينضبط أقدار أخلاطها ، وأوصافها ، كالهريسة ، معظم المرق ، والحلوى ، والمعجونات ، والغالية المركبة من المسك ، والعود ، العنبر ، والكافور ، والقسي ، فلا يصح السلم فيها ، ولا يجوز في الخفاف ، والنعال على الصحيح . والترياق المخلوط كالغالية . فإن كان نباتاً واحداً ، أو حجراً ، جاز السلم فيه . والنبل بعد الخرط ، والعمل عليه لا يجوز السلم فيه ، وقبلها ، يجوز ، والمغازل كالنبال .

الثاني : المختلطات المقصودة الأركان ، التي تنضبط أقدارها وصفاتها ، كثوب عتابي ، والخز المركب من الابريسم ، والوبر ، ويجوز السلم فيها على الصحيح المنصوص لسهولة ضبطها . ويجري الوجهان في الثوب المعمول عليه بالابرة بعد النسج من غير جنس الأصل ، كالابريسم على القطن ، والكتان ، فان كان تركيبها بحيث لا تنضبط أركانها ، فهي كالمعجونات .

الثالث : المختلطات التي لا يقصد منها إلا الخليط الواحد ، كالخبز فيه الملح ، لكنه غير مقصود في نفسه . وفي السلم فيه وجهان ، أصحها عند الجمهور : لا يصح ، وأصحها عند الامام الغزالي : الصحة . ويجوز السلم في الجبن ، والأقط ، وخل التمر ، والزبيب ، والسمك الذي عليه شيء من الملح على الأصح في الجميع ، لحقارة أخلاطها . وأما الأدهان المطيبة ، كدهن البنفسج ، والبان ، والورد ، فان خالطها شيء من جرم الطيب ، لم يجز السلم فيها ، وإن تروح السمسم بها واعتصر ، جاز . ولا يجوز في المخيض الذي يخالطه الماء ، نص عليه . وفي « التتمة » : أن المصل كالمخيض ، لأنه يخالطه الدقيق .

الرابع : المختلطات خلقة ، كالشهد ، والاصح : صحة السلم فيه ، والشمع فيه كنوى التمر . ويجوز في العسل والشمع.

فرع

سبق أن ما يندر وجوده لا يجوز السلم فيـه ، والشيء قد يندر من حيث جنسه ، كلحم الصيد في غير موضعه ، وقد يندر باستقصاء الأوصاف لندور اجتماعها، فلا يجوز السلم في اللآلىء الكبار ، واليواقيت ، والزبرجد ، والمرجان ، ويجوز في اللآلىء الصغار إذا عم وجودها كيلاً ووزناً.

قلت : هذا مخالف لما تقدم في الشرط الخامس عن إمام الحرمين : أن مالا يعدُّ الكيل فيه ضبطاً ، لا يصح السلم فيه كيلاً ، فكأنه اختار هنا ، ما تقـدم من إطلاق الاصحاب. والله أعلم

واختلف في ضبط الصغير ، فقيل : ما يطلب للتداوي ، صغير ، وما طلب للزينة ، كبير . وعن الشيخ أبي محمد : أن ما وزنه سدس دينار ، يجوز السلم فيه ، وإن كان يطلب للتزين . والوجه : أن اعتباره السدس للتقريب .

فرع

لو أسلم في جارية وولدها ، أو اختها ، أو عمتها ، أو شاة وسخلتها ، لم يصح لندور اجتماعها بالصفات ، هكذا أطلقه الشافعي رضي الله عنه والاصحاب . وقال الامام : لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها ، وتمتنع فيمن تكثر . ولو أسلم في عبد وجارية ، وشرط كونه كاتباً وهي ماشطة ، جاز . ولو أسلم في جارية ، وشرط

كونها حاملا ، بطل السلم في الذهب . وقيل : قولان بناءً على أن الحمل ، هل له حـكم،أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، جاز ، وإلا ، فلا . ولو أسلم في شـاة لبون ، ففي صحته قولان . أظهرهما : المنع ، وبه أجاب البغوي .

فصـل

يجوز السلم في الحيوان ، وهو أنواع . منهـا ، الرقيق ، فاذا أسلم فيه ، وجب التعرض لأمور .

أحدها : النوع ، فيذكر أنه تركي أو رومي ، فان اختلف صنف النوع ، وجب ذكره على الأظهر .

الثاني : اللون ، فيذكر أنه أبيض أو أسود ، ويصف البياض بالسمرة أو الشقرة، والسواد بالصفاء أو الكدرة ، هذا إن اختلف لون الصنف ، فان لم يختلف ، لم يجب ذكر اللون .

الثالث : الذكورة والانوثة .

الرابع : السن ، فيقول : محتلم ، أو ابن ست ، أو سبع ، والأمر في السن على التقريب ، حتى لو شرط كونه ابن سبع سنين مثلاً بلا زيادة ولا نقصان ، لم يجز لندوره . والرجوع في الاحتلام ، إلى قول العبـد . وفي السن ، يعتمد قوله إن كان بالغاً ، وقول سيـده إن ولد في الاسلام ، وإلا ، فالرجوع إلى النخّاسين ، فتعتبر ظنونهم .

الخامس : القدّ ، فيبين أنه طويل ، أو قصير ، أو رَبْع ، ونقل الامام عن العراقيين ، أنه لا يجب ذكر القد . والموجود في كتب العراقيين ، القطع بوجوبه، ولا يشترط وصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة ، وإن تفاوت به الغرض

والقيمة ، لأن ذلك يورث غرّة . وفي ذكر الأوصاف التي يعتبرها أهل الخبرة ويرغب في الأرقاء ، كالكَحَل ، والدَّعَج ، وتكلثم الوجه ، وسمن الجارية وما أشبهها ، وجهان ، أحدهما : يجب ، قاله الشيخ أبو محمد ، وأصحها : لا . والأصح : أنه لا يشترط ذكر الملاحة . ويستحب أن يذكر كونه مفلَّج الأسنان أو غيره ، وجعد الشعر أو سبطه . ويجب ذكر الثيابة ، والبكارة، على الأصح .

فرع

لو شرط كون العبد يهودياً أو نصرانياً ، جاز . قال الصيمري [1] : ولو شرط أنه ذو زوجة ، أو أنها ذات زوج ، جاز، وزعم أنه لا يندر . قال : ولو شرط كونه زانياً ، أو قاذفاً ، أو سارقاً ، جاز ، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مغنية ، أو قوّادة ، لا يصح .

فرع

لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة ، فوجهان . قال أبو إسحاق : لا يجوز، لأنها قد تكبر وهي بالصفة المشروطة ، فيسلمها بعد أن يطأها ، فيكون في معنى اقتراض الجواري . والصحيح: الجواز، كاسلام صغار الابل في كبارها . وهل يمكَّن من تسليمها عما عليه ؟ وجهان . فان قلنا : يمكَّن ، فلا مبالاة بالوطء كوطء

---

(١) هو أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد الصيمري الشافعي ، فقيه أصولي ، توفي سنة (٣٨٦ هـ) .

الثيب ، وردها بالعيب . ومنهـا الابل ، ويجب فيهـا ذكر الانوثة ، والذكورة ، والسن ، واللون ، والنوع ، فيقول : من نَعم بني فلان ونتاجهم،هذا إذا كثر عددهم وعرف لهم النتاج ، كبني تميم. فأما النسبة إلى طائفة يسيرة ، فكتمبين ثمرة بستان . ولو اختلف نَعم بني فلان ، فالأظهر : أنه يشترط التعيين . ومنها الخيل ، فيجب ذكر ما يجب في الابل. ولوذكر معها الشيات (١) كالأغر ، والمحجل ، واللطيم ، كان أولى . فان تركه ، جاز . وهكذا القول في البقر ، والغنم ، والبغـال ، والحمير . وما لا يبين نوعه بالاضافة إلى قوم ، يبين بالاضافة إلى بلد وغيره .ويجوز السلم في الطيور على الصحيح ، وبه قطع الجماهير .وفي «المهذب» : لا يجوز . فان جوزناه ، وصف منها النوع ، والصغر ، والكبر من حيث الجثة ، ولا يكاد يعرف سنها . فـان عرف ، وصف به . ويجوز السلم في السمك والجراد حياً وميتاً عند عموم الوجود ، ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به .

فصل

السلم في اللحم جائز ، ويجب فيه بيان أمور .

أحدها : الجنس ، كلحم بقر أو غنم .

الثاني : النوع . فيقول : لحم بقر عراب أو جواميس ، وضأن أو معز .

الثالث : ذكر أو أنثى ، خصي أو فحل .

الرابع : السن ، فيقول : لحم صغير أو كبير ، ومن الصغير ،رضيع أو فطيم. ومن الكبير ، جذع أو ثني .

---

(١) الشيات ، جمع : شية ، وهي كل لون يخالف معظم لون الفرس وغيره .

الخامس : يبين أنه من راعية أو معلوفة . قال الامام : ولا أكتفي بالعلف بالمرة والمرات، حتى ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم .

السادس : يبين أنه من الفخذ ، أو الكتف أو الجنب . وفي كتب العراقيين ، أمر سابع ، وهو بيان السمن والهزال .ولا يجوز شرط الأعجف،لأنه عيب ،وشرطه مفسد للعقد . ويجوز في اللحم المملّح ، والقديد إذا لم يكن عليه غير المملّح. فان كان ، فقد سبق الخلاف في جوازه في نظيره. ثم إذا أطلق السلم في اللحم ،وجب قبول ما فيه من العظم على العادة . وإن شرط نزعه ، جاز ولم يجب قبوله .

فرع

يجوز السلم في الشحم ، والألية ، والكبد ، والطحال ، والكلية ، والرئة .

فرع

إذا أسلم في لحم صيد ، ذكر ما يجب في سائر اللحوم. لكن الصيد لا يكون خصياً ، ولا معلوفاً ، فلا يجب ذكر هذين الأمرين. قال الشيخ أبو حامد والمقتدون به : يبين أنه صيد بأحبولة ، أو بسهم ، أو بجارحة ، وأنها كلب ، أو فهد ، لأن صيد الكلب أطيب .

فرع

في لحم الطير والسمك يبين الجنس ، والنوع ، والصغر ، والكبر من حيث الجثة . ولا يشترط ذكر الذكورة والانوثة ، إلا إذا أمكن التمييز ، وتعلق

به غرض . ويبين موضع اللحم إذا كان الطير والسمك كبيرين . ولا يلزمه قبول الرأس والرجل من الطير ، والذنب من السمك .

فصل

لا يجوز السلم في اللحم المطبوخ والمشوي ، ولا في الخبز على الأصح كما سبق. وفي الدبس ، والعسل المصفّى بالنار ، والسكر ، والفانيذ[1] ، واللبأ ، وجهان ،واستبعد الامام المنع فيها كلها .

قلت : وممن اختار الصحة في هذه الأشياء الغزالي وصاحب « التتمة » .

والله أعلم

وتردد صاحب « التقريب » في السلم في الماء ، ورد لاختلاف تأثير النار فيما يتصعّد ويقطر ، ولا عبرة بتأثير الشمس ، فيجوز السلم في العسل المصفّى بالشمس .

فرع

لا يجوز السلم في رؤوس الحيوان على الأظهر ، والأكارع كالرؤوس .

قلت : فاذا جوّزناه في الأكارع ، فمن شرطه أن يقول : من الأيدي والأرجل.

والله أعلم

فان جوزنا ، فله ثلاثة شروط . أن تكون نيئةً ، وأن تكون منقّاة من الشعر والصوف ، ويسلم فيها وزناً ، فان فقد شرط ، لم يجز قطعاً .

---

(١) الفانيذ : نوع من الحلوى ، وهي كلمة أعجمية ، واللبأ : أول اللبن في النتاج .

فصل

يذكر في التمر النوع ، فيقول : معقلي ، أو برني ، والبلد ، فيقول : بغدادي، واللون ، وصغر الحبات ، وكبرها ، وكونه جديداً ، أو عتيقاً . والحنطة ، وسائر الحبوب ، كالتمر . وفي الرطب ، يذكر جميع ذلك ، إلا الجديد والعتيق . قال في « الوسيط » يجب ذكر ذلك في الرطب دون الحنطة والحبوب ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب . وفي العسل ، يذكر أنه جبلي ، أو بلدي ، صيفي أو خريفي ، أو أصفر ، أو أبيض ، ولا يشترط ذكر الجديد والعتيق ، ويقبل مارقٌ بسبب الحر، ولا يقبل مارقٌ زقة عيب .

فصل

يجوز السلم في اللبن ، ويبين فيه ما يبين في اللحم ، سوى الأمر الثالث والسادس، ويبين نوع العلف ، لاختلاف الغرض به ، ولا حاجة إلى ذكر اللون والحلاوة ، لان المطلق ينصرف إلى الحلو ، بل لو أسلم في اللبن الحامض ، لم يجز ، لأن الحموضة عيب . وإذا أسلم في لبن يومين أو ثلاثة ، فانما يجوز إذا بقي حلواً في تلك المدة. وإذا أسلم في السمن ، يبين ما يبين في اللبن ، ويذكر أنه أبيض ، أو أصفر . وهل يحتاج إلى ذكر العتيق والجديد ؟ وجهان . قال الشيخ أبو حامد : لا بل العتيق معيب لا يصح السلم فيه . وقال القاضي أبو الطيب : العتيق المتغير هو المعيب ، لا كل عتيق ، فيجب بيانه . وفي الزبد يذكر ما يذكر في السمن ، وأنه زبد يومه أو أمسه . ويجوز في اللبن كيلاً ووزناً ، لكن لا يكال حتى تسكن رغوته ، ويوزن قبل سكونها . والسمن يكال ويوزن ، إلا إذا كان جامداً يتجافى في المكيال،

فيتعين الوزن ، وليس في الزبد إلا الوزن ، وكذا اللبأ المجفف ، وقبل الجفاف ، هو كاللبن . وإذا جوزنا السلم في الجبن ، وجب بيان نوعه وبلده ، وأنه رطب أو يابس . وأما المخيض الذي فيه ماء ، فلا يجوز السلم فيه، نص الشافعي رضي الله عنه. وإن لم يكن فيه ماء ، جاز ، وحينئذ لا يضر وصف الحموضة ، لأنها مقصودة فيه .

فصل

إذا أسلم في الصوف ، قال : صوف بلد كذا ، وذكر لونه وطوله وقصره ،وأنه خريفي أو ربيعي ، من ذكور أو إناث ، لأن صوف الاناث أشد نعومة . واستغنوا بذلك عن ذكر اللين والخشونة ، ولا يقبل إلا خالصاً من الشوك والبعر ، فان شرط كونه مغسولاً ، جاز ، إلا أن يعيبه الغسل . والشعر والوبر ، كالصوف ، ويضبط الجميع وزناً .

فصل

يبين في القطن بلده ، ولونه ، وكثرة لحمه ، وقلته ، والخشونة ، والنعومة ، وكونه عتيقاً أو جديداً إن اختلف الغرض به ، والمطلق يحمل على الجاف وعلى مافيه الحب . ويجوز في الحليج ، وفي حب القطن ، ولا يجوز في القطن في الجوزق [١] قبل التشقق . وأما بعده ، ففي « التهذيب » : أنه يجوز . وقال في « التتمة » : ظاهر المذهب : أنه لا يجوز ،لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه ، وهذا هو الذي أطلق العراقيون حكايته عن النص .

---

(١) الجوزق : استعمله الفقهاء في كمام القطن ، وهو معرب .

فصل

يبين في الابريسم لونه ، وبلده ، ودقته ، وغلظه ، ولا يشترط ذكر الخشونة والنعومة ، ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود ، لا حياً ولا ميتاً ، لانه يمنع معرفة وزن القز. وبعد خروج الدود ، يجوز .

فصل

وإذا أسلم في الغزل ، ذكر ما يذكر في القطن، ويذكر الدقة والغلظ . ويجوز السلم في غزل الكتان ، ويجوز شرط كونه مصبوغاً ، ويشترط بيان الصبغ .

فصل

إذا أسلم في الثياب ، ذكر جنسها من إبريسم ، أو قطن ، أو كتان ،والنوع، والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض ،وقد يغني ذكر النوع عنه ، وعن الجنس أيضاً ، ويبين الطول ، والعرض ، والغلظ، والدقة ، والنعومة ، والخشونة ،ويجوز في المقصود ، والمطلق محمول على الخام . ولا يجوز في الملبوس ، لانه لا ينضبط . ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج ، كالبرود . والمعروف في كتب الأصحاب : أنه لا يجوز في المصبوغ بعد النسج. وفيه وجه : أنه يجوز ،قاله طائفة ، منهم الشيخ أبو محمد ، وصاحب « الحاوي » ،وهو القياس. قال الصيمري : يجوز السلم في القمص ، والسراويلات ، إذا ضبطت طولاً وعرضاً ، وسعة وضيقاً .

فصـــل

الخشب أنواع . منها الحطب ، فيذكر نوعه ، وغلظه ، ودقته ، وأنه من نفس الشجر ، أو من أغصانه ، ووزنه،ولا يجب التعرض المرطوبة ، والجفاف ، والمطلق محمول على الجـاف ، ويجب قبول المعوج ، والمستقيم . ومنهـــا ما يطلب للبناء ، كالجذوع ، فيذكر النوع ، والطول ، والغلظ ، والدقـة ، ولا يشترط الوزن على الصحيح ،وشرطه الشيخ أبو محمد ، ولو ذكر ، جاز ،بخلاف الثياب . ولا يجوزفي المخروط ، لاختلاف أعـلاه وأسفله . ومنها ما يطلب ليغرس ، فيذكـر العدد ، والنوع ، والطول ، والغلظ . ومنها ما يطلب ليتخذ منه القسي والسهام ، فيذكر فيه النوع ، والدقة ، والغلظ ، وزاد بعضهم كونه سهلياً ، أو جبلياً ، لان الجبلي أصلح . ومنهم من شرط الوزن فيه ، وفي خشب البناء .

فصـــل

إذا أسلم في الحديد ، ذكر نوعه ، وأنه ذكر أو أنثى ، ولونه ، وخشونته ، ولينه . وفي الرصاص يذكر نوعه ، من قلع وغيره . وفي الصفر ، من شبه وغيره ، ولونها ، وخشونتها ، ولينها ، ولا بد من الوزن في جميع ذلك .

فرع

كل شيء لا يتأتّى وزنه بالقبان لكبره ، يوزن بالعرض على الماء .

قلت : قد سبقت كيفية الوزن بالماء في باب الربا . والله أعلم

فصل

في مسائل منثورة تتعلق بما سبق

إحداها : السلم في المنافع ، كتعليم القرآن وغيره ، جائز ، ذكره الروياني .

الثانية : السلم في الدراهم والدنانير ، جائز على الأصح ، بشرط أن يكون رأس المال غيرهما .

قلت : اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز إسلام الدراهم في الدنانير ، ولا عكسه سلماً مؤجلاً . وفي الحال وجهان محكيان في «البيان» وغيره . الاصح المنصوص في «الام» في مواضع : أنه لا يصح .والثاني: يصح بشرط قبضهما في المجلس ، قاله القاضي أبو الطيب . والله أعلم

الثالثة : يجوز السلم في أنواع العطر العامة الوجود ، كالمسك ، والعنبر ، والكافور ، فيذكر وزنها ونوعها فيقول : عنبر أشهب .

الرابعة : يجوز السلم في الزجاج ، والطين ، والجص ، والنورة ، وحجارة الأرحية ، والأبنية ، والأواني ، فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها ، ولا يشترط الوزن .

قلت : عدم اشتراط الوزن في الأرحية ، هو الاصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، والبغوي ، وآخرون ،وقطع الغزالي باشتراطه . وادعى إمام الحرمين الاتفاق عليه، وليس كما ادعى . والله أعلم

الخامسة : لا يجوز السلم في الحباب ، والكيزان ، والطسوت ، والقماقم ، والطناجير

والمناثر ، والبرام المعمولة ، لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة . ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب ، لعدم اختلافه ، وفي الاسطال المربعة .

السادسة : يجوز السلم في الكاغد عدداً ، ويبين نوعه وطوله . ويجوز في الآجر على الاصح . وفي وجه : لا يصح لتأثير النار . ولا يجوز السلم في العقار ، ولا في الارز ، والعلس ، لاستتارهما بالكمام ، ويجوز في الدقيق على الصحيح .

فصل

هل يشترط ذكر الجودة والرداءة في المسلّم فيه ؟ وجهان . قال العراقيون : يشترط ، وهو ظاهر النص ، لاختلاف الغرض به . وقال غيرهم : لا يشترط ، ويحمل المطلق على الجيد ، وهو الأصح .

قلت : قوله : ظاهر النص ، مما ينكر عليه . فقد نص عليه في مواضع من « الأم » نصاً صريحاً ، وهو مبين في « شرح المهذب » . والله أعلم

وسواء قلنا بالاشتراط ، أو شرطا ، ينزل على أقل الدرجات [١] . ولو شرط الأجود ، لم يصح العقد على المذهب . وقيل : فيه قولان كالارداٍ . ولو شرطا الرداءة ، فان كانت رداءة العيب ، لم يصح العقد . وإن كانت رداءة النوع ، فقال كثيرون : يصح . وأطلق الغزالي في « الوجيز » البطلان .

قلت : وقد قال بالبطلان أيضاً إمام الحرمين . والأصح : الصحة ، وبه قطع العراقيون . ونص عليه الشافعي رضي الله عنه في « الأم » ، نصاً صريحاً في مواضع . والله أعلم

وإن شرط الاردأ ، جاز على الاظهر . وقيل : الأصح .

---

(١) في الشرح الكبير: وسواء قلنا بالاشتراط أو لم نقل ، فاذا شرط الجودة نزل على أقل الدرجات.

فرع

ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته . فاذا أتي بما يقع على اسم الوصف المشروط ، كفى ، ووجب قبوله ، لان الرتب لا نهاية لها ، وهي كمن باع بشرط أنه كاتب أو خباز .

فصل

صفات المسلم فيه مشهورة عند الناس ، وغير مشهورة ، ولا بد من معرفة العاقدين صفاته . فان جهلها أحدهما ، لم يصح العقد ، وهل يكفي معرفتهما ؟ وجهان. أصحهما : لا ، وهو المنصوص ، بل لا بد من معرفة عدلين ليرجع إليهما عند تنازعهما. وقيل : تعتبر فيها الاستفاضة ، ويجري الوجهان فيما إذا لم يعرف المكيالَ المذكور إلا عدلان . وما ذكرناه الآن، يخالف ما قدمناه في فصح النصارى من بعض الوجوه. ولعل الفرق ، أن الجهالة هناك عائدة إلى الأجل ، وهنا إلى المعقود عليه ، فجاز أن يحتمل هناك مالا يحتمل هنا .

فصل

في أداء المسلم فيه ، والكلام في صفته وزمانه ومكانه

أما صفته ، فان أتى بغير جنسه ، لم يجز قبوله ، إذ لا يجوز الاعتياض عنه . وإن أتى بجنسه وعلى صفته المشروطة ، وجب قبوله قطعاً ، وإن كان أجود ، جاز قبوله قطعاً ، ووجب على الأصح . وإن كان أردأ ، جاز قبوله ولم يجب . وإن أتى بنوع آخر ، بأن أسلم في التمر المعقلي ، فأحضر البرني ، أو في ثوب هروي ، فأتى بمروي ، فأوجه.

أصحها : يحرم قبوله . والثاني : يجب . والثالث : يجوز ،كما لو اختلفت الصفة ، واختلفوا في أن التفاوت بين التركي والهندي ، تفاوت جنس ، أم تفاوت نوع ؟ والصحيح : الثاني . وفي أن التفاوت بين الرطب والتمر ، وبين ما سقي بماء السماء وما سقي بغيره ، تفاوت نوع ،أو صفة ؟ والأصح : الأول .

فرع

ما أسلم فيه كيلاً قبضه كيلاً . وما أسلم فيه وزناً ، قبضه وزناً ، ولا يجوز العكس . وإذا كال لا يزلزل المكيال ، ولا يضع الكف على جوانبه . ويجب تسليم الحنطة ونحوها نقية من الزوان والمدر والتراب ، فان كان فيها شيء قليل من ذلك ، وقد أسلم كيلاً ، جاز ، وإن أسلم وزناً ، لم يجز .

قلت : هكذا أطلق جمهور الأصحاب ، وقال صاحب « الحاوي » : فيما إذا أسلم كيلاً ، إلا أن يكون لاخراج التراب مؤنة ، فلا يلزمه قبولها . قال في « البيان » دقاق التبن كالتراب . والله أعلم

ويجب تسليم التمر جافاً ، والرطب صحيحاً غير مشدّخ .

وأما زمانه : فان كان السلم مؤجلاً ، لم يخف أنه لا مطالبة قبل المحل . فان أتى به المسلم إليه قبله ، فامتنع من قبوله ، قال جمهور الأصحاب : إن كان له غرض في الامتناع ، بأن كان وقت نهب ، أو كان حيواناً يحتاج علفاً ، أو ثمرة ، أو لحماً يريد أكلها عند المحل طرياً ، أو كان يحتاج إلى مكان له مؤنة ، كالحنطة وشبهها ، لم يجبر على القبول . وإن لم يكن له غرض في الامتناع ، فان كان للمؤدي غرض سوى براءة الذمة ، بأن كان به رهن أو كفيل ، أجبر على القبول على المذهب . وقيل : قولان .

وهل يلحق بهذه الأعذار خوفه من انقطاع الجنس قبل الحلول ؟ وجهان . الأصح : يلحق . وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى براءة الذمة ، فقولان ، أصحهما : يجبر ، وإن تقابل غرضاهما ، فالمرعي جانب المستحق على المذهب . وقيل بطرد القولين ، وعكس الغزالي هذا الترتيب ، وهو شاذ مردود . وحكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا حكم المسلم فيه . وأما إذا كان السلم حالاً ، فله المطالبة به في الحال . فلو أتى به المسلم إليه ، فامتنع من قبضه ، فان كان للدافع غرض سوى البراءة ، أجبر على القبول ، وإلا ، فالمذهب : أنه يجبر على القبول أو الابراء . وقيل : على القولين، وحيث ثبت الاجبار ، فلو أصر على الامتناع ، أخذه الحاكم له .

وأما مكانه : فاذا قلنا: يتعين مكان العقد للتسليم ، أو قلنا : لا يتعين فعيناه ، وجب التسليم فيه . فلو وجد المسلم إليه في غير ذلك المكان ، فان كان لنقله مؤنة ، لم يطالب به . وهل يطالب بالقيمة للحيلولة ؟ وجهان. الصحيح : لا ، لأن أخذ العوض عن المسلم فيه قبل القبض غير جائز ، وبهذا قطع العراقيون وصاحب « التهذيب » ، فعلى هذا ، للمسلم الفسخ واسترداد رأس المال ، كما لو انقطع المسلم فيه . وإن لم يكن لنقله مؤنة، كالدراهم والدنانير ، فله مطالبته به ، وأشار إمام الحرمين إلى خلاف فيه . ولو ظفر المالك بالغاصب في غير مكان الغصب أو الاتلاف ، فهل له مطالبته بالمثل ؟ فيه خلاف ، الأصح: ليس له المطالبة إلا بالقيمة . ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه في غير مكان التسليم ، فامتنع المستحق من أخذه ، فان كان لنقله مؤنة ، أو كان الموضع مخوفاً ، لم يجبر ، وإلا فوجهان بناءً على القولين في التعجيل قبل المحل . فلو رضي، وأخذه ، لم يكن له أن يكلفه مؤنة النقل .

قلت : أصحها : إجباره . ولو اتفق كون رأس المال على صفة المسلم فيه ، فأحضره ، فوجهان مشهوران . أصحهما: يجب قبوله .والثاني : لا يجوز. والله أعلم

باب القرض

هو مندوب إليه . وأركانه أربعة . العاقدان ، والصيغة ، والشيء المقرض ،فلا يصح إلا من أهل التبرع . وأما الصيغة ، فالايجاب لا بد منه ، وهو أن يقول: أقرضتك ، أو أسلفتك ، أو خذ هذا بمثله ، أو خذه واصرفه في حوائجك وردّ بدله ، أو ملّكتك على أن تردّ بدله ، فلو اقتصر على « ملّكتكه » فهو هبة، فان اختلفا في ذكر البدل ، فالقول قول الآخذ .

قلت : وحكي وجه : أن القول قول الدافع ، وهو متجه . وفي « التتمة » وجه : أن الاقتصار على«ملّكتكه » قرض . والله أعلم

وأما القبول ، فشرط على الأصح ، وبه قطع الجمهور . وادعى إمام الحرمين أن عدم الاشتراط أصح .

قلت : وقطع صاحب « التتمة » بأنه لا يشترط الايجاب ، ولا القبول ، بل إذا قال لرجل : أقرضني كذا ، أو أرسل إليه رسولاً ، فبعث إليه المال ، صح القرض. وكذا لو قال رب المال : أقرضتك هذه الدراهم ، وسلمها إليه ، ثبت القرض . والله أعلم

وأما الشيء المقرض ، فالمال ضربان .

أحدهما : يجوز السلم فيه ، فيجوز إقراضه حيواناً كان ، أو غيره . لكن إن كان جارية ، نظر ، إن كانت محرّماً للمستقرض، بنسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة ، جاز إقراضها قطعاً . وإن كانت حلالاً ، لم يجز على الأظهر المنصوص قديماً وجديداً .

قلت : هذا الذي جزم به من جواز إقراض المحرَّم ، هو الذي قطع به الجماهير. وقال في « الحاوي » ، إن كانت ممن لا يستبيحها المستقرض ، بأن اقترضها محرم ، أو امرأة ، فوجهان . قال البغداديون : يجوز . وقال البصريون : لا يجوز ويصيرْنَ جنساً لا يجوز قرضه . والله أعلم

الضرب الثاني : ما لا يجوز السلم فيه ، فجواز إقراضه يبنى على أن الواجب في المتقوّمات رد المثل أو القيمة ، إن قلنا بالأول ، لم يجز . وبالثاني ، جاز . وفي إقراض الخبز ، وجهان ، كالسلم فيه . أصحها في « التهذيب » : لا يجوز . واختار صاحب « الشامل » وغيره : الجواز . وأشار في « البيان » إلى ترتيب الخلاف ، إن جوزنا السلم ، جاز هنا ، وإلا فوجهان . قال : فان جوزناه ، رد مثله وزنا إن أوجبنا في المتقومات المثل . وإن أوجبنا القيمة ، وجبت هنا . فان شرط المثل ، فوجهان .

قلت : قطع صاحب « التتمة » والمستظهري ، بجواز قرضه وزنا . واحتج صاحبا « الشامل » و « التتمة » باجماع أهل الامصار على فعله في الأعصار بلا إنكار ، وهو مذهب أحمد رضي الله عنه ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وذكر صاحب « التتمة » وجهين في إقراض الخمير الحامض . أحدهما : الجواز ، لاطراد العادة .

وفي فتاوى القاضي حسين : لا يجوز إقراض الروبة ، لأنها تختلف بالحموضة . قال : ولا يجوز إقراض المنافع ، لأنه لا يجوز السلم فيها ، ولا إقراض ماء القناة ، لأنه مجهول . والله أعلم

فرع

يشترط أن يكون المقرَض معلوم القدر ، ويجوز إقراض المكيل وزناً وعكسه

كالسلم . وقال القفّال : لا يجوز إقراض المكيل وزناً ، بخلاف السلم ، فانه لا يشترط فيه استواء العوضين . وزاد فقال : لو أتلف مائة رطل حنطة ، ضمنها بالكيل . ولو باع شقصاً بمائة رطل حنطة ، أخذ الشفيع بمثلها كيلاً . والأصح في الجميع :الجواز.

فصل

يحرم كل قرض جر منفعة ، كشرط رد الصحيح عن المكسر أو الجيد عن الرديء ، وكشرط رده ببلد آخر ، فان شرط زيادة في القدر ، حرم إن كان المال ربوياً ، وكذا إن كان غير ربوي على الصحيح . وحكى الامام أنه يصح الشرط الجارّ للمنفعة في غير الربوي ، وهو شاذ غلط . فان جرى القرض بشرط من هذه، فسد القرض على الصحيح ، فلا يجوز التصرف فيه . وقيل : لا يفسد، لأنه عقد مسامحة . ولو أقرضه بلا شرط ، فردّ أجود أو أكثر أو ببلد آخر ، جاز ،ولا فرق بين الربوي وغيره ، ولا بين الرجل المشهور برد الزيادة أو غيره على الصحيح .

قلت : قال في « التتمة » : لو قصد إقراض المشهور بالزيادة المزيادة ، ففي كراهته وجهان . والله أعلم

ولو شرط ردّ الأردإ أو المكسر ، لغا الشرط ، ولا يفسد العقد على الأصح ، وأشار بعضهم إلى خلاف في صحة الشرط . ولا يجوز شرط الأجل فيه ، ولا يلزم بحال. فلو شرط أجلا ، نظر ، إن لم يكن للمقرض غرض فيه ، فهو كشرط رد المكسر عن الصحيح . وإن كان ، بأن كان زمن نهب والمستقرض مليء ، فهو كالتأجيل بلا غرض ، أم كشرط رد الصحيح عن المكسر ؟ وجهان . أصحها : الثاني ،ويجوز يه شرط الرهن والكفيل، وشرط أن يشهد عليه أو يُقِرّ به عند الحاكم . فان شرط

رهناً بدين آخر ، فهو كشرط زيادة الصفة . ولو شرط أن يقرضه مالاً آخر ، صح على الصحيح ، ولم يلزمه ما شرط ، بل هو وعد ، كما لو وهبه ثوباً بشرط أن يهبه غيره .

فصل

فيما يملك به القرض قولان منتزعان من كلام الشافعي رضي الله عنه . أظهرهما : بالقبض . والثاني : بالتصرف . فان قلنا : بالقبض ، فهل للمقرض أن يلزمه رده بعينه ما دام باقياً،أم للمستقرض ردُّ بدله مع وجوده ؟ وجهان . أصحها عند الأكثرين:الأول.

ولو رده المستقرض بعينه ، لزم المقرض قبوله قطعاً . وإن قلنا : يملك بالتصرف ، فمعناه : إذا تصرف ، تبين ثبوت ملكه . ثم في ذلك التصرف ، أوجه .أصحها : أنه كل تصرف يزيل الملك . والثاني : كل تصرف يتعلق بالرقبه . والثالث : كل تصرف يستدعي الملك . فعلى الأوجه : يكفي البيع ، والهبة ، والاعتاق ، والاتلاف . ولا يكفي الرهن ، والتزويج ، والاجارة ، وطحن الحنطة ، وخبز الدقيق ، وذبح الشاة ، على الوجه الأول .

قلت : فتكون هذه العقود باطلة والله أعلم

ويكفي ما سوى الاجارة على الثاني ، وما سوى الرهن ، على الثالث ، لأنه يجوز أن يستعير الرهن ، فيرهنه . وحكي عن الشيخ أبي حامد : أنه كل تصرف يمنع رجوع الواهب والبائع عند إفلاس المشتري . فان قلنا بالأول ، فهل يكفي البيع بشرط الخيار ؟ إن قلنا : لا يزيل الملك ، فلا ، وإلا ، فوجهان ، لأنه لا يزيله بصفة اللزوم .

فرع

اقترض حيواناً ، إن قلنـا : يملك بالقبض ، فنفقته على المقترض ، وإلا ، فعلى المقرض إلى أن يتصرف المستقرض . ولو اقترض من يعتق عليه ، عتق إذا قبضه إن قلنا : يملك به ، ولا يعتق إن قلنـا : بالتصرف . قال في « التهذيب » ويجوز أن يقال : يعتق ويحكم بالملك قُبَيله .

قلت : جزم صاحب « التتمة » بهذا الاحتمال ، ولكن المعروف : أن لا يعتق. والله أعلم

فصل

أداء القرض في الصفة والمكان والزمان ، كالمسلَم فيه . ولو ظفر بالمستقرض في غير مكان الاقراض ، فليس له مطالبته بالمثل ، وله مطالبته بالقيمة . فلو عاد إلى مكان الاقراض ، فهل له رد القيمة والمطالبـة بالمثل ؟ وهل للمقرض مطالبتـه برد القيمة ؟ وجهان .

قلت : أصحهما : لا . والله أعلم

والقيمة التي يطالب بها ، قيمة بلد القرض يوم المطالبة . وكذا في السلَم يطالب بقيمة بلد العقد إذا جوَّزنا أخذ قيمته .

قلت : المعتبر في السلم ، قيمة الموضع الذي يستحق فيه التسليم . والله أعلم

فرع

إذا اقترض مثليا ، رد مثليا ، وإن رد متقوّماً ، فالأصح عند الأكثرين : أنه يردّ مثله من حيث الصورة . والثاني : يردّ القيمة يوم القبض إن قلنا : يملك به . وإن قلنا : بالتصرف ، فوجهان . أحدهما : كذلك . والثاني : تجب قيمته أكثر ما كانت من القبض إلى التصرف . وإذا اختلفا في قدر القيمة ، أو صفة المثل ، فالقول قول المستقرض .

قلت : قال في « المهذب » لو قال : أقرضتك ألفاً وقبِل وتفرّقا ، ثم دفع إليه ألفاً ، فان لم يطل الفصل ، جاز ، وإلا ، فلا ، لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل. وإذا جوّزنا إقراض الخبز ، فهل يردّ المثل أو القيمة ؟ فيه الوجهان. فان قلنا : القيمة ، فشرط الخبز ، فوجهان. أحدهما : يصح الشرط ،لأن مبناه على المساهلة و الرفق. قال الشاشي : قال القاضي أبو حامد : إذا أهدى المستقرض للمقرض هدية ، جاز قبولها بلا كراهة ،هذا مذهبنا ومذهب ابن عباس ، وكرهها ابن مسعود . قال المحاملي وغيره من أصحابنا : يستحب للمستقرض أن يردّ أجود مما أخذ ، للحديث الصحيح في ذلك (١) ولا يكره للمقرض أخذ ذلك . ولو أقرضه نقداً، فأبطل السلطان المعاملة به ، فليس له إلا النقد الذي أقرضه ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، ونقله عنه أيضاً ابن المنذر ، وقد سبق نظيره في البيع . وفي فتاوى القاضي حسين : أنه لو قال : أقرضني عشرة ، فقال : خذها من فلان ، فأخذها منه ، لا يكون قرضاً ، بل هذا توكيل بقبض الدَّين ، فبعد القبض لا بدّ من قرض جديد . ولو كانت العشرة في يد فلان معينة ،وديعة أو غيرها ، صح . والله أعلم

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : كان لرجل على النبي صلى الله عليه وسلم سن من الابل ، فجاء يتقاضاه ، فقال : « أعطوه » فطلبوا سنه ، فلم يجدوا إلا سناً فوقها ، فقال: « أعطوه » فقال : أوفيتني أوفاك الله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إن خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه . وقوله : سن ، أي : جمل له سن معين .

كتاب الرَّهْن

فيه أربعة أبواب .

الأول : في أركانه ، وهي أربعة . الأولّ : المرهون ، وله شروط . الأول :كونه عيناً ، فلا يصح رهن المنفعَة ، بأن يرهنه سكنى الدار مدة ، سواء كان الدين المرهون به حالاً أو مؤجلاً . ولا يصح رهن الدَّين على الأصح ، ويصح رهن المشاع ، سواء رهنه عند شريكه أو غيره ، قَبل القسمة أم لم يقبلها .

قلت : سواء كان الباقي من المشاع للراهن أم لغيره . والله أعلم

ولو رهن نصيبه من بيت من دار باذن شريكه ، صح ، وبغير إذنه ، وجهان . أصحها عند الامام : صحته كما يصح بيعه . وأصحها عند البغوي : فساده ، وادعى طرد الخلاف في البيع .

قلت : وممن وافق الامام في تصحيح صحته الغزالي في « البسيط » ، وصاحب « التتمة » ، وغيرهما . وأما طرد الخلاف في البيع ، فشاذ ، فقد قطع الأصحاب بصحته. والله أعلم

فان قسمت الدار ، فوقع هذا البيت في نصيب شريكه ، فهل هو كتلف المرهون بآفة سماوية ، أم يغرم الراهن قيمته ويكون رهناً لكونه حصل له بدله ؟ فيه احتمالان للامام . أصحها : الثاني . وقال الامام محمد بن يحيى : إن كان مختاراً في القسمة ، غرم ، وإن كان مجبراً ، فلا .

قلت : هذا المذكور تفريع على الصحيح الذي قطع به جماهير الأصحاب : أن هذه الدار تقسم قسمة واحدة . وشذ صاحب « التتمة » فقال : لا تقسم قسمة واحدة ، بل يقسم البيت وحده ،ويسلّم نصيب الراهن للمرتهن ، ثم يقسم الباقي ، كما لو باع نصيبه من ذلك البيت . وقد أشار صاحب « المهذب » ومن تابعه ، إلى أنهما إذا اقتسما فخرج البيت في نصيب شريكه ، يبقى مرهوناً ، وهذا ضعيف . والمتحصَّل من هذا الخلاف : أن المختار جواز قسمتها جملة ، وأن لا يبقى مرهوناً ، بل يغرم. والله أعلم

فرع

إذا رهن المشاع ، فقبضه بتسليم له ، فاذا قبض ، جرت المهايأة بين المرتهن والشريك جريانها بين الشريكين . ولا بأس بتبعُّض اليد بحكم الشرع ، كما لا بأس به لاستيفاء الراهن المنافع .

قلت : قال أصحابنا : إن كان المرهون مما لا ينقل ، خلّى الراهن بين المرتهن وبينه ، سواء حضر الشريك أم لا . وإن كان مما ينقل ، لم يحصل قبضه إلا بالنقل، ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك . فان أذن ، قبض ، وإن امتنع ، فان رضي المرتهن بكونها في يد الشريك ، جاز ، وناب عنه في القبض ، وإن تنازعا ، نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما ، فان كان له منفعة آجره. والله أعلم

الشرط الثاني : مختلف فيه ، وهو صلاحية المرتهن ، لثبوت اليد عليه . فان رهن عبداً مسلماً أو مصحفاً عند كافر ، أو السلاح عند حربي ، أو جارية حسناء عند أجنبي ، صح على المذهب في جميعها ، فيجعل العبد والمصحف في يد عدل .

قلت : وإذا صححنا رهن العبد والمصحف عند الكافر، ففي « تهذيب » الشيخ نصر المقدسي الزاهد وغيره : أن العقد حرام . وفي « التهذيب » للبغوي : أنه مكروه، ذكره في كتاب الجزية . والله أعلم

ثم إن كانت الجارية صغيرة لا تشتهى ، فهي كالعبد ، وإلا ، فان رهنت عند محرم أو امرأة ، فذاك . وإن رهنت عند أجنبي ثقة وعنده زوجته ، أو جاريته ، أو نسوة يؤمن معهم الالمام بها ، فلا بأس ، وإلا ، فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة ، أو رجل عدل بالصفة المذكورة في المرتهن . فان شرط وضعها عند غير مَن ذكرنا ، فهو شرط فاسد . وألحق الامام بالصغيرة ، الخسيسة مع دمامة الصورة ، لكن الفرق ظاهر . ولو كان المرهون خنثى ، فكالجارية ، إلا أنه لا يوضع عند امرأة.

الشرط الثالث : كون العين قابلة للبيع عند حلول الدَّين ، فلا يصح رهن أم الولد ، والمكاتب ، والوقف ، وسائر مالا يصح بيعه . وسواد العراق وقف على المسلمين على المذهب ، فلا يجوز رهنه . وأبنيته ، وأشجاره ، إن كانت من تربته وغراسه الذي كان قبل الوقف ، فهي كالأرض . وإن أحدثت فيها من غيرها ، جاز رهنها. فان رهنت مع الأرض ، فهي من صور تفريق الصفقة ، وكذا رهن الأرض مطلقاً إن قلنا : إن البناء والغراس يدخلان فيه . وإذا صح الرهن في البناء ، فلا خراج على المرتهن ، وإنما هو على الراهن . فان أدَّاه المرتهن بغير إذنه ، فهو متبرع ،وإن أداه باذنه بشرط الرجوع ، رجع . وإن لم يشرط الرجوع ، فوجهان يجريان في أداء دين الغير باذنه مطلقاً ، وظاهر النص : الرجوع .

فصل

التفريق بين الأم وولدها الصغير ، حرام ، وفي إفساده البيع قولان سبقا . ويصح رهن أحدهما دون الآخر . وإذا أريد البيع ، ففيه وجهان . أحدهما : يباع المرهون وحده ، ويحتمل التفريق للضرورة . وأصحهما : يباعان جميعاً ، ويوزّع الثمن على قيمتهما . وفي كيفيته كلام يحتاج إلى مقدمة ، وهي رجل رهن أرضاً بيضاء ، فنبت فيها نخل ، فله حالان .

أحدهما : أن يرهن الأرض ثم يدفن النوى فيها، أو يحمله السيل أو الطير ، فهي للراهن ، ولا يجبر في الحال على قلعها ، فلعله يؤدّي الدّين من موضع آخر . فان دعت الحاجة إلى بيع الأرض ، نظر ، إن وفّى ثمن الأرض إذا بيعت وحدها بالدين ، بيعت وحدها ولم يقلع النخل . وكذا لو لم يف به ، إلا أن قيمة الأرض وفيها الأشجار كقيمتها بيضاء . ولو لم يفِ به وقيمتها تنقص بالاشجار ، فللمرتهن قلعها لبيع الارض بيضاء ، إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع الارض ، فتباعان ويوزّع الثمن عليهما . هذا إذا لم يكن الراهن محجوراً عليه بالافلاس. فان كان ، فلا قلع بحال ، لتعلق حق الغُرماء به ، بل يباعان ويوزع الثمن عليهما ، فما قابل الارض ، اختص به المرتهن ، وما قابل الاشجار ، قُسِم بين الغرماء . فان نقصت قيمة الأرض بسبب الاشجار ، حسب النقص على الشجر ، لأن حق المرتهن في الارض فارغة .

الحال الثاني : أن يكون النوى مدفوناً في الأرض يوم الرهن ، ثم ينبت . فان كان المرتهن جاهلاً بالحال ، فله الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن. فان فسخ ، وإلا فهو كما لو كان عالماً . وإن كان عالماً ، فلا خيار . وإذا بيعت الأرض مع النخل ، وزّع الثمن عليهما . والمعتبر في الحال الأول ، قيمة الأرض

فارغة . وفي الحال الثاني ، قيمة أرض مشغولة ، لأنها كانت مشغولة يوم الرهن . وفي كيفية اعتبار الشجر وجهان نقلها الامام في الحالين . أصحها : تقوّم الأرض وحدها . فاذا قيل : هي مائة ، قوّمت مع الأشجار ، فاذا قيل : هي مائة وعشرون ، فالزيادة بسبب الأشجار سدس ، فيراعى في الثمن نسبة الأسداس . والثاني :تقوّم الأشجار وحدها . فاذا قيل : هي خمسون، كانت النسبة بالثلث ، ثم في المثال المذكور لايضاح الوجهين تكون قيمة الارض ناقصة بسبب الاجتماع ، لأنا فرضنا قيمتها وحدها مائة ، وقيمة الأشجار وحدها ثابتة خمسين ، وقيمة المجموع مائة وعشرين . عدنا إلى مسألة الام والولد ، فاذا بيعا معاً ، وأردنا التوزيع ، ففيه طريقان .

أحدهما : أن التوزيع عليها كالتوزيع على الارض والشجر ، فتعتبر قيمة الأم وحدها . وفي الولد الوجهان .

والثاني : أن الأم لا تقوّم وحدها ، بل تقوّم مع الولد وهي خاصّته ، لأنها رهنت وهي ذات ولد ، والأرض بلا أشجار . وبهذا الوجه قطع الأكثرون . فلو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنىً ، وبيعا معاً ، فللمرتهن قيمة جارية لا ولد لها .

قلت : ذكر الامام الرافعي في مسألة الغراس والأرض الفرق بين علم المرتهن وجهله في ثبوت الخيار ، ولم يذكره هنا، فكأنه أراد أنه مثله . وقد صرح صاحب «الشامل» بذلك فقال : إن كان عالماً بالولد حال الارتهان ، فلا خيار، وإلا ، فله الخيار في فسخ البيع المشروط فيه الرهن . وقال صاحب« الحاوي » : إن علم، فلا خيار ، وإلا ، فان قلنا : تباع الأم دون الولد، فلا خيار ، وإن قلنا : يباعان ، ففي الخيار وجهان . وجه المنع:أنه لا يتحقق نقصها،بل قد تزيد.فان قيل : ما فائدة الخلاف في التوزيع، والراهن يجب عليه قضاء الدين بكل حال؟!قلنا: تظهر فائدته عند ازدحام غرماء الميت والمفلس،

وفي تصرف الراهن في الثمن قبل قضاء الدين، فينفذ في حصة الولد دون الأم ، ذكره الامام، والغزالي في «البسيط». والله أعلم

فصل

إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد ، فان أمكن تجفيفه كالرطب والعنب ، صح رهنه وجفف . وإن لم يمكن كالثمرة التي لا تجفف ، والريحان ، والجَمَد ، فان رهنه بدين حالٍ ، صح ، ثم إن بيع في الدَّين ، أو قضي الدَّين من موضع آخر ، فذاك ، وإلا بيع وجعل الثمن رهناً ، فلو تركه المرتهن حتى فسد ، قال في « التهذيب » : إن كان الراهن أذن له في بيعه ، ضمن ، وإلا ، فلا. ويجوز أن يقال : عليه الرفع إلى القاضي ليبيعه .

قلت : هذا الاحتمال الذي قاله الامام الرافعي رحمه الله ، قوي أو متعين . وقد قال صاحب « التتمة » في هذه الصورة : إن سكتا حتى فسد ، أو طلب المرتهن بيعه، فامتنع الراهن ، فهو من ضمان الراهن . وإن طلب الراهن بيعه ، فامتنع المرتهن ، فمن ضمان المرتهن . والله أعلم

وإن رهنه بدين مؤجل ، فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يعلم حلول الأجل قبل فساده ، فهو كرهنه بالحالّ .

الثاني : أن يعلم عكسه .فان شرط في الرهن بيعه عند الاشراف على الفساد، وجعل ثمنه رهناً ، صح ولزم الوفاء بالشرط . فلو شرط أن لا يباع بحال عند حلول الأجل ، بطل الرهن لمناقضته مقصود الرهن . وإن لم يشرط ذا ولا ذاك ، فهل هو كشرط البيع ، أم كشرط عدم البيع ؟ قولان، أظهرهما عند العراقيين : الثاني، وميل غيرهم إلى الأول .

قلت : قال الامام الرافعي في « المحرر » أظهرهما: لا يصح الرهن . والله أعلم

الثالث : أن لا يعلم واحد من الأمرين وهما محتملان ، فالمذهب : الصحة .ولو رهن مالا يسرع إليه الفساد ، فحدث ما عرّضه للفساد قبل الأجل ، بأن ابتلّت الحنطة ، وتعذر تجفيفها ، لم ينفسخ بحال . ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون ، ففي الانفساخ وجهان ، كما في حدوث الموت والجنون . وإذا لم ينفسخ ، بيع وجعل الثمن رهناً مكانه .

قلت : الأرجح : أنه لا ينفسخ ، وهذا الذي قطع به ، من أنه إذا لم ينفسخ يباع ،هو المذهب . ونقل الامام : أن الأئمة قطعوا بأنه يستحق بيعه . ونقل صاحب « الحاوي » فيه قولين .

أحدهما : يجبر الراهن على بيعه حفظاً للوثيقة ، كما يجبر على نفقته .

والثاني : لا ، لأن حق المرتهن في حبسه فقط ، وهذا ضعيف. والله أعلم

فصل

رهن العبد المحارب ، كبيعه . ورهن المرتد صحيح على المذهب كبيعه . فان علم المرتهن ردّته ، فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن . وإن جهل، يخيَّر ،فان قتل قبل قبضه، فله فسخ البيع . وإن قتل بعده ، فمن ضمان من؟ فيه وجهان سبقا في البيع . فان قلنا : من ضمان البائع ، فللمرتهن فسخ البيع ، وإلا فلا فسخ ولا أرش ، كما لو مات في يده .

قلت : ولو رهنه عبداً مريضاً ، لم يعلم بمرضه المرتهن حتى مات في يده ، فلا خيار له ، قاله في المعاياة ، قال : لأن الموت بألم حادث ، بخلاف قتل المرتد .

والله أعلم

فرع

الجاني إن لم نصحح بيعه ، فرهنه أولى ، وإلا ، فقولان ، لأن الجناية الطارئة، يقدم صاحبها على حق المرتهن ، فالمتقدمة أولى . فان لم نصحح رهنه، ففداه السيد ، أو أسقط المجني عليه حقه،فلا بد من استئناف رهن .وإن صححناه، فقال المسعودي والامام : يكون مختاراً للفداء كما لو باعه ، وقال ابن الصباغ : لا يلزمه الفداء، بخلاف البيع ، لأن محل الجناية باقٍ هنا ، والجناية لا تنافي الرهن .

قلت : قال البغوي أيضاً : يكون ملتزماً للفداء. ولكن الأكثرون قالوا كقول ابن الصباغ ، منهم الشيخ أبو حامد،والماوردي ، وصاحب «العدة» وغيرهم . قالوا: هو مخيَّر بين فدائه وتسليمه للبيع في الجناية . فان فداه ، بقي الرهن، وإلا بيع في الجناية ،وبطل الرهن إن استغرقه الأرش ، وإلا بيع بقدره ،واستقر الرهن في الباقي . وإذا قلنا: لا يصح رهن الجاني ، فسواء كان الأرش درهماً ، والعبد يساوي الوفاء ،أم غير ذلك ،نص عليه الشافعي رضي الله عنه والأصحاب. وأما إثبات الخيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه رهنه ، ففيه تفصيل في « الحاوي » وغيره . إن كان عالماً بالجناية ، فلا خيار في الحال . فان اقتص منه في طرفه ، بقي رهناً، ولا خيار للمرتهن في البيع ،لعلمه بالعيب . وإن قتل قصاصاً ، فان قلنا: إنه من ضمان البائع ، فله الخيار كما لو بان مستحقاً . وإن قلنا: من ضمان المشتري ، فلا خيار، لأنه معيب علم به ،وإن عفا مستحق القصاص على ماله ،فان فداه ، بقي رهناً ،ولا خيار للمرتهن ، وإن بيع للجناية ، بطل الرهن . وفي الخيار الوجهان . وإن عفا عن القصاص ، سقط أثر الجناية . أما إذا كان جاهلاً بالجناية ، فان علم قبل استقرار حكمها ، يخيَّر . فان فسخ ، وإلا فيصير عالماً ،وحكمه ما سبق . وإن لم يعلم إلا بعد استقرار حكمها على قصاص طرف ، لم يبطل الرهن بالقصاص ، لكن

للمرتهن الخيار . وإن كان قصاص نفس ، بطل الرهن . وفي الخيار الوجهان .. وإن استقر حكمها على مال ، فان فداه ، كان كالعفو على مال . وإن بيع ، بطل الرهن . وفي الخيار الوجهان . وإن عفا بلا مال ، سقط أثر الجناية ، ثم إن لم يتب العبد من الجناية وكان مصرًّا ، فهذا عيب ، فللمرتهن الخيار . وإن تاب ، فهل ذلك عيب في الحال ؟ وجهان . فان قلنا : عيب ، فله الخيار ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يعتبر الابتداء فيثبته . والآخر : ينظر في الحال ، هذا كلام صاحب « الحاوي » وفيه نفائس.

والله أعلم

وإذا قلنا : يصح رهن الجاني جناية توجب القصاص ، ولا يصح إذا أوجبت مالاً ، فرهن والواجب القصاص ، فعفا على مال ، فهل يبطل الرهن من أصله ، أم يكون كجناية تصدر من المرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجناية ؟ وجهان . اختار الشيخ أبو محمد أولهما . فعلى هذا لو كان العبد حفر بئراً في محل عدوان، فمات فيها بعدما رهن إنسانٌ ، ففي تبين الفساد ، وجهان . والفرق أنه رهن في الصورة الأولى وهو جانٍ .

فرع

رهن المدبَّر باطل على المذهب ، وهو نصه ، ورجحه الجمهور . فعلى هذا ، التدبير باقٍ على صحته . وإن صححنا رهنه ، بطل التدبير بناءً على أنه وصية ، فقد رجع عنها . وقيل : لا يبطل فيكون مدبَّراً مرهوناً . فعلى هذا ، إن قضى الدَّين من غيره ، فذاك ، وإن رجع في التدبير وباعه في الدَّين ، بطل التدبير . وإن امتنع من الرجوع ومن بيعه ، فان كان له مال آخر ، أجبر على قضائه منه، وإلا فوجهان . أصحهما : يباع في الدَّين . والثاني : يحكم بفساد الرهن .

قلت : هـذا الذي ذكر حـكم المذهب ، ولا يغترّ بقـوله في « الوسيط » : ذهب أكثر الأصحاب إلى صحة رهنه ،وإن كان قوياً في الدليل. والله أعلم

فرع

رهن المعلق عتقه بصفة ، له صور .

إحداها : رهنه بدين حالٍّ أو مؤجل تيقن حلوله قبل وجود الصّفة ، فيصح ويباع في الدّين .فان لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة ، بني على القولين في أن الاعتبار بالعتق المعلق بحالة التعليق، أم بحال وجود الصفة ؟ إن قلنا بالأول،عتق ، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلاً .

قلت : هذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول ، هو الذي جزم به صاحب « التهذيب » وجزم صاحب« التتمة » بأنه لا خيار له ، وقد سقط حقه،لأن الرهن سلـّم له ثم بطل فصار كموته ، والأول : أصح ، وأقيس . والله أعلم

وإن قلنا بالثاني ، فهو كاعتاق المرهون ،وسنذكره إن شاء الله تعالى.

الثانية : رهنه بدين مؤجل تيقن وجود الصفة قبل حلوله ، فالمذهب : بطلان الرهن . وقيل : قولان ،وهو ضعيف. فعلى الصحة : يباع إذا قرب أوان الصفة، ويجعل ثمنه رهناً .

الثالثة : أن لا يتيقن تقدم الصفة على الحلول وعكسه ، فالأظهر : بطلانه . وقيل : باطل قطعاً .

فرع

رهن الثمر على الشجر له حالان .

أحدهما : أن يرهنه مع الشجر . فان كان الثمر مما يمكن تجفيفه ، صح ،سواء بدا فيها الصلاح ، أم لا ،وسواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، وإن لم يمكن ولم نصحح رهن ما يسرع الفساد ، فالمذهب :بطلان رهن الثمر . وفي الشجر قولا تفريق الصفقة . وقيل : يصح فيها قطعاً .

الثاني : رهن الثمر وحده .فان لم يمكن تجفيفه ، فهو كرهن ما يسرع فساده، وإلا ، فهو ضربان .أحدهما : يرهن قبل بدو الصلاح. فان رهن بدين حالٍ وشرط قطعها وبيعها بشرط القطع ، جاز . وإن أطلق ، جاز أيضاً على الأظهر . وإن رهن بمؤجل ،نظر ، إن كان يحل قبـل بلوغ الثمر وقت الادراك أو بعده ، فهو كالحال . وإن كان يحل قبل بلوغه وقت الادراك ، فان رهنها مطلقاً ، لم يصح على الأظهر . وقيل : لا يصح قطعاً كالبيـع . وإن شرط القطع ، فقيل : يصح قطعاً. وقيل : على القولين،وجه المنع : التشبيه بمن باع بشرط القطع بعد مدة .

قلت : المذهب الصحة فيما إذا شرط القطع ، وبه قطع جماعة . والله أعلم

الضرب الثاني : أن يرهن بعد بدوّ الصلاح ، فيجوز بشرط القطع ومطلقاً . إن رهن بحالّ أو مؤجل ، هو في معنـاه . وإن رهنه بمؤجل يحل قبل بلوغهـا وقت الادراك ، فعلى ما سبق في الضرب الأول . ومتى صـح رهن الثمار على الأشجار ، فمؤنة السقي والجداد والتجفيف على الراهن . فان لم يكن له شيء ، باع الحاكم جزءاً منها وأنفقه عليها . ولو توافق الراهن والمرتهن على ترك السقي ، جاز على الصحيح. وقيل : يجبر عليه كما يجبر على علف الحيوان . وادعى الروياني أنه لا يصح . ولو

أراد أحدهما قطع الثمرة قبل وقت الجداد ، فللآخر الامتناع ، وليس له الامتناع بعد وقت الجداد ، بل يباع في الدَّين إن حل ، وإلا ، أمسكه رهناً .

فرع

الشجرة التي تثمر في السنة مرتين ، يجوز رهن ثمرها الحاصل بدين حالٍّ . وبمؤجل يحل قبل اختلاط الثمرة الثانية بالأولى ، وإلا ، فان شرط أن لا يقطع عند خروج الثانية ، لم يصح . وإن شرط قطعه ، صح . وإن أطلق ، فقولان . فان صححنا ، أو رهن بشرط القطع ، فلم يقطع حتى اختلط ، ففي بطلان الرهن قولان كالقولين في البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض . والرهن بعد القبض ، كالبيع قبله ، فان قلنا : يبطل الرهن ، فذاك . وإن قلنا : لا يبطل ، فلو اتفقا قبل القبض ، بطل على الصحيح . وإذا لم يبطل ، فان رضي الراهن ، يكون الجميع رهناً ، أو توافقا على كون النصف ـ من الجملة مثلاً ـ رهناً ، فذاك ، وإن اختلفا في قدر المرهون ، هل هو نصف المختلط ، أو ثلثه ، أو نحو ذلك ؟ فالقول قول الراهن مع يمينه . وقال المزني : قول المرتهن .

فرع

رهن زرعاً بعد اشتداد حبه ، فكبيعه ، إن كان تُرى حباته في سنبله ، صح ، وإلا فلا ، على الأظهر . وإن رهنه وهو بقل ، فكرهن الثمرة قبل بدوّ الصلاح . وقال صاحب « التلخيص » : لا يجوز قطعاً إن كان الدين مؤجلاً ، وإن صرح بشرط القطع عند المحل ، لأن الزرع لا يجوز بيعه مسنبلاً . وقد يقع الحلول في تلك الحالة ، ولأن زيادة الزرع بطوله ، فهو كثمرة تحدث وتختلط .

فصل

لا يشترط كون المرهون ملك الراهن على المذهب،فلو استعاد عبداً ليرهنه بدين ، فرهنه ،جاز . وهل سبيله سبيل الضمان،أم العارية ؟ قولان. أظهرهما : الأول. ومعناه : أنه ضمن الدين في رقبة عبده . قال الامام : هذا العقد أخذ شبهاً من ذا، وشبهاً من ذاك ، وليس القولان في تمحضه عارية أو ضماناً ، وإنما هما في أن المغلَّب أيهما ؟ وقال ابن سريج : إذا جعلناه عارية ، لم يصح هذا التصرف ،لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض ،والعارية لا تلزم . فعلى هذا يشترط في المرهون كونه ملك الراهن . والصواب ، ما سبق ،وعليه التفريع .والعارية قد تلزم، كالاعارة للدفن، ونظائره . ويتفرع على المذهب فروع .

أحدها : لو أذن في رهن عبده،ثم رجع قبل أن يقبض المرتهن ، جاز ، وبعد قبضه : لا رجوع على قول الضمان قطعاً ، ولا على قول العارية على الأصح ، وإلا فلا فائدة في هذا العقد ولا وثوق به . وقال صاحب « التقريب » إن كان الدين حالاً، رجع . وإن كان مؤجلاً ، ففي جواز رجوعه قبل الأجل ، وجهان ، كما لو أعار للغراس مدة . ومتى جوزناه فرجع ، وكان الرهن مشروطاً في بيع ، فللمرتهن فسخ البيع إن جهل الحال .

الثاني : لو أراد المالك إجبار الراهن على فكه ، فله ذلك بكل حال ، إلا إذا كان الدين مؤجلاً ، وقلنا : إنه ضمان ، وإذا حل الأجل وأمهل المرتهن الراهن ، فللمالك أن يقول للمرتهن : إما أن ترد إليَّ ، وإما أن تطالبه بالدين ليؤدي فينفك الرهن، كما إذا ضمن ديناً مؤجلاً ومات الأصيل ، فللضامن أن يقول : إما أن تطالب بحقك، وإما أن تبرئني .

الثالث : إذا حل المؤجل ، أو كان حالاً ، قال الامام : إن قلنا : إنه ضمان ،

لم يُبع في حق المرتهن ، إن قدر الراهن على أداء الدين إلا باذن جديد ، وإن كان معسراً ، بيع وإن سخط المالك . وإن قلنا : عاريَّة ، لم يُبع إلا باذن جديد ، سواء كان الراهن موسراً ، أو معسراً . ولك أن تقول : الرهن وإن صدر من المالك ، لا يسلط على البيع إلا باذن جديد ، فان لم يأذن ، بيع عليه ، فالمراجعة لا بد منها . ثم إذا لم يأذن في البيع ، فقياس المذهب أن يقال : إن قلنا : عاريَّة، عاد الوجهان في جواز رجوعه ، وإن قلنا : ضمان ، ولم يؤد الراهن الدين ، لم يمكَّن من الانتفاع ، ويباع عليه معسراً كان الراهن أو موسراً ، كما لو ضمن في ذمته ، يطالب موسراً كان الأصيل ، أو معسراً ، ثم إذا بيع في الدين بقيمته ، رجع بها المالك على الراهن . وإن بيع بأقل ، بقدر يتغابن الناس بمثله ، فان قلنا : ضمان ، رجع بما بيع به . وإن قلنا : عارية ، رجع بقيمته ، وإن بيع بأكثر من قيمته ، رجع بما بيع به إن قلنا : ضمان . وإن قلنا : عارية ، فقال الأكثرون: لا يرجع إلا بالقيمة ، لأن العارية بها يضمن . وقال القاضي أبو الطيب : يرجع بما بيع به كله ؛ لأنه ثمن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن، وهذا أحسن، واختاره الامام ، وابن الصباغ ، والروياني .

قلت : هذا الذي قاله القاضي ، هو الصواب، واختاره أيضاً الشاشي وغيره .

والله أعلم

الرابع : لو تلف في يد المرتهن ، فان قلنا : عاريَّة ، لزم الراهن الضمان. وإن قلنا : ضمان ،فلا شيء عليه، ولا شيء على المرتهن بحال،لأنه مرتهن لا مستعير.

ولو تلف في يد الراهن ، قال الشيـخ أبو حامد : هو على القولين ، كما لو تلف في يد المرتهن ، وأطلق الغزالي ، أنه يضمن ، لأنه مستعير .

قلت : المذهب : الضمان . والله أعلم

الخامس : لو جنى في يد المرتهن ،فبيع في الجناية ، فان قلنا: عارية ، لزم الراهن القيمة . قال الامام : هذا إذا قلنـا : العارية تضمن ضمان المغصوب ، وإلا ، فلا شيء عليه .

السادس : إذا قلنا : ضمان، وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهمـا ، وحـكي قول قديم غريب ضعيف : ان الحلول والتأجيل لا يشترط ذكرها ، والأصح :أنه يشترط بيان من يرهن عنده ، ولا خلاف أنه إذا عين شيئاً من ذلك ، لم يجز مخالفته ، لكن لو عين قدراً فرهن بمـا دونه ، جاز ، ولو زاد عليه ، فقيل : يبطل في الزائد ، وفي المأذون قولا تفريق الصفقة والمذهب : القطع بالبطلان في الجميع المخالفة . وكما لو باع الوكيل بغبن فاحش ، لا يصح في شيء . ولو قال : أعرني لأرهنه بألف ، أو عند فلان ، كان ذلك كتقييد المعير على الأصح .

قلت : وإذا قلنا:عارية ، فله أن يرهن عند الاطلاق بأي جنس شاء ، وبالحال والمؤجل . قال في « التتمة » لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته ،لأن فيه ضرراً . فانه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين . ولو أذن في حال فرهنه بمؤجل ، لم يصح كعكسه ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل . والله أعلم

السابع : لو أعتقه المالك ، إن قلنـا : ضمان ، فقد حكى الامام عن القاضي: أنه ينفذ ويوقف فيه . وفي « التهذيب » أنه كاعتاق المرهون ، وإن قلنا : عارية،

قال القاضي : فكاعتاق المرهون ، وهذا تفريع على لزوم هذا الرهن على قول العارية . وفي « التهذيب » أنه يصح ويكون رجوعاً ، وهو تفريع على عدم اللزوم.

الثامن : لو قال مالك العبد : ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هذا ، قال القاضي : صح ذلك على قول الضمان ، ويكون كالاعارة للرهن . قال الامام: وفيه تردد من جهة أن المضمون له لم يقبل ، ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المتعلق بالأعيان ، تقريباً له من المرهون ، وإن لم يعتبر ذلك في الضمان المطلق في الذمة.

التاسع : لو قضى المعير الدين بمال نفسه ، انفك الرهن ، ثم رجوعه على الراهن يتعلق بكون القضاء باذن الراهن أم بغيره، وسنوضحه في باب الضمان إن شاء الله تعالى . فلو اختلفا في الاذن ، فالقول قول الراهن ، ولو شهد المرتهن المعير ، قبلت شهادته لعدم التهمة . ولو رهن عبده بدين غيره دون إذنه ، جاز ، وإذا بيع فيه ، فلا رجوع .

الركن الثاني : المرهون به ، وله ثلاثة شروط .

أحدها : كونه ديناً ، فلا يصح بالأعيان المضمونة بحكم العقد، كالمبيع، أو بحكم اليد ، كالمغصوب ، والمستعار ، والمأخوذ على جهة السوم ، وفي وجه ضعيف : يجوز كل ذلك.

الثاني : كونه ثابتاً ، فلا يصح بمالم يثبت ، بأن رهنه بما يستقرضه ، أو بثمن ما سيشتريه . وفي وجه شاذ : يصح إن عين ما يستقرضه . وفي وجه : لو تراهنا بالثمن ، ثم لم يتفرقا حتى تبايعا ، صح الرهن إلحاقاً للحاصل في المجلس بالمقارن ، والصحيح : الأول . فعلى الصحيح : لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه ، كان مأخوذاً على جهة سوم الرهن . فاذا استقرض أو اشترى منه ، لم يصر ديناً إلا برهن جديد . وفي وجه ضعيف : يصير . ولو امتزج الرهن وسبب ثبوت الدين ، بأن قال: بعتك هذا بألف ، وارتهنت هذا الثوب به ، فقال : اشتريت ورهنت ، أو قال :

أقرضتك هذه الدراهم ، وارتهنت بها عبدك ، فقال : استقرضتها ورهنته ، صح الرهن على الأصح ، وهو ظاهر النص . ولو قال البائع : ارتهنت وبعت ، وقال المشتري اشتريت ورهنت ، لم يصح لتقدم أحد شقي الرهن على شقي البيع . وكذا لو قال : ارتهنت وبعت ، وقال المشتري : رهنت واشتريت ، لتقدم شقي الرهن على شقي البيع، فالشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع ، والآخر بعد شقي البيع . ولو قال : بعني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب ، فقال : بعت وارتهنت ، بني على الخلاف في مسألة الايجاب والاستيجاب. ولو قال : بعني بكذا على أن ترهنني دارك، فقال : اشتريت ورهنت ، فوجهان . أحدهما ، يتم العقد بما جرى . قال في « التتمة » هو ظاهر النص . والثاني ، قاله القاضي : لا يتم ، بل يشترط أن يقول بعده :ارتهنت أو قبلت ، لأن الذي وجد منه شرط إيجاب الرهن لا استيجابه ، كما لو قال : افعل كذا لتبيعني ، لا يكون مستوجباً للبيع ، وهذا أصح عند صاحب « التهذيب » والأولى أن يفرّق ، فانه لم يصرح في القيس عليه بالتماس ، وإنما أخبر عن السبب الداعي له إلى ذلك الفعل ، وهنا باع وشرط الرهن ، وهو يشتمل الالتماس ، أو أبلغ منه.

الشرط الثالث : كونه لازماً . والديون الثابتة ضربان . أحدهما : مالا يصير لازماً بحال ، كنجوم الكتابة ، فلا يصح الرهن به ، والآخر غيره . وهو نوعان. لازم في حال الرهن ، وغير لازم . فالأول يصح الرهن به ، سواء كان مسبوقاً بحالة الجواز ، أم لا ، وسواء كان مستقراً ، كالقرض وأرش الجناية ، وثمن المبيع المقترض ، أو غير مستقر ، كالثمن قبل قبض المبيع ، والأجرة قبل استيفاء المنفعة والصداق قبل الدخول . وأما الثاني : فينظر،إن كان الأصل في وضعه اللزوم، كالثمن في مدة الخيار ، صح الرهن به أيضاً ، لقربه من اللزوم، قال الامام : وهذا مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع ، فأما إذا جعلناه مانعاً ، فالظاهر منع الرهن ، لوقوعه قبل ثبوت الدين ، ولا شك أنه لا يباع المرهون في الثمن ما لم

يمض مدة الخيـار . أما ما كان أصل وضعه على الجواز ، كالجعل في الجعالة بعد الشروع في العمل ، وقبل تمامه ، فلا يصح الرهن به على الأصح . وإن كان بعد الفراغ من العمل ، صح قطعاً، للزومه . وإن كان قبل الشروع ، لم يصح قطعاً ،لعدم ثبوته ، وعدم تعين المستحق .

قلت : هذا الذي جزم به الامام الرافعي هو الصواب ، لكن ظاهر كلام كثيرين من الأصحاب ، أو أكثرهم ، إجراء الوجهين قبل الشروع في العمل ، لا سيما عبارة « الوسيط » وتعليله . **والله أعلم**

أما المسابقة ، فان جعلناها كالاجارة ، أو كالجعالة ، فلها حكمها .

فرع

يصح الرهن بالمنافع المستحقة بالاجارة إن وردت على الذمة ، ويبـاع المرهون عند الحاجة ، وتحصل المنفعة من ثمنه ، وإن كانت إجارة عين ، لم يصـح ،لفوات الشرط الأول .

فرع

لا يصح رهن الملاك [1] بالزكاة ، والعاقلة بالدية قبل تمام الحول ، لفوات الشرط الثاني ، ويجوز بعده .

فرع

التوثق بالرهن والضمان شديد التقـارب ، فما جاز الرهن به ، جاز ضمـانه ،

(١) في شرح الوجيز : رهن الغلال .

وكذا عكسه إلا أن ضمان العهدة جائز . ولا يجوز الرهن به . هذا هو المذهب وحكي وجه : أنه لا يصح ضمان العهدة . ووجه عن القفال : أنه يصح الرهن بها.
قلت : كذا قال الشيخ أبو حامد في « التعليق » والغزالي في « الوسيط » ما صح ضمانه ، صح الرهن به إلا في مسألة العهدة ويستثنى أيضاً ، أن ضمان رد الأعيان المضمونة ، صحيح على المذهب بها ،باطل على الصحيح، وممن استثناها الغزالي في « البسيط » . والله أعلم

فصل

يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن ، ثم هو كما لو رهنها معاً . ولو كان الشيء مرهوناً بعشرة ، وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهوناً بها أيضاً ، لم يصح على الجديد الأظهر . فان أراد ذلك ، فطريقه أن يفسخ المرتهن الرهن الأول ، ثم يرهنه بالجميع . ولو جنى المرهون ، ففداه المرتهن باذن الراهن ليكون مرهوناً بالدين ، والفداء ، صح على المذهب وهو نصه ، لأنه من مصالح الرهن ، فانه يتضمن إبقاءه . وقيل : فيه القولان . ولو اعترف الراهن أنه مرهون بعشرين ، ثم ادعى أنه رهنه أولاً بعشرة ثم بعشرة ، وقلنا : لا يجوز ، ونازعه المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، لأن اعتراف الراهن ، يقوي جانبه . ولو قال المرتهن في جوابه : فسخنا الرهن الأول ، واستأنفنا بالعشرين رهناً ، فهل القول قول المرتهن لاعتضاده بقول الراهن رهن بعشرين ، أم قول الراهن ، لأن الأصل عدم الفسخ ؟ وجهان ، ميل الصيدلاني إلى أولهما ، وصحح صاحب « التهذيب » الثاني ، ورتب عليه فقال : لو شهد شاهدان أنه رهنه بألف ، ثم بألفين ، لم يحكم بأنه رهن بألفين ، ما لم يصرحا بأن الثاني كان بعد فسخ الأول .

فرع

رهن بعشرة ثم استقرض عشرة ليكون رهناً بها ، وأشهد شاهدين أنه رهن بالعشرين ، فان لم يعلم الشاهدان الحال ونقلا ما سمعا ، فهل يحكم بكونه رهناً بالعشرين، إذا كان الحاكم يعتقد القول الجديد ، وجهان . وإن عرفا الحال ، فان كانا يعتقدان جواز الالحاق ، فهل لهما أن يشهدا بأنه رهن بالعشرين ، أم عليهما بيان الحال ؟ وجهان.

قلت : أصحهما : لا يجوز ، لأن الاجتهاد إلى الحاكم ، لا إليهما . **والله أعلم**

وإن كانا يعتقدان منع الالحاق ، لم يشهدا إلا بما جرى باطناً على الصحيح . وهذا التفصيل ، فيما إذا شهدا بنفس الرهن ، وفيه صوَّر الجمهور : فان شهدا على إقرار الراهن ، فالوجه تجويزه مطلقاً .

قلت : كذا أطلق الجمهور هذا التفصيل ، وقال صاحب « الحاوي » : إن كان الشاهدان مجتهدين ، ففيه التفصيل ، وإن كانا غير مجتهدين ، لم يجز مطلقاً ، ولزمهما شرح الحال . ولو مات وعليه دين مستغرق ، فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضاً ، ففي صحته الوجهان بناءً على القولين . **والله أعلم**

الركن الثالث : الصيغة ، فيعتبر الايجاب والقبول ، اعتبارهما في البيع ، والخلاف في المعاطاة والاستيجاب والايجاب عائد كله هنا .

فرع

الرهن قسمان . أحدهما : مشروط في عقد، كمن باع ، أو أجر ، أو أسلم ، أو زوج بشرط الرهن بالثمن ، أو الأجرة ، أو المسلم فيه ، أو الصداق . والقسم

الثاني : ما لم يشرط،ويسمى : رهن التبرع ، والرهن المبتدأ . فالأول ، كبعتك داري بكذا على أن ترهنني به عبدك ، فقال : اشتريت ورهنت ، وقد ذكرنا خلافاً في أنه يتم الرهن بهذا ،أم لابد من قوله بعده :ارتهنت ، فعلى الأول يقوم الشرط مقام القبول ، كما يقوم الاستيجاب مقامه ، وحكي وجه : أنهما إذا شرطا الرهن في نفس البيع ، صار مرهوناً من غير استئناف رهن ، ويقام التشارط مقام الايجاب والقبول .

فرع

الشرط في الرهن ضربان . أحدهما : شرط يقتضيه ، فلا يضر ذكره في رهن التبرع، ولا في الرهن المشروط في عقد ، كقوله : رهنتك على أن تباع في دينك، أو لا تباع إلا باذنك ، أو يتقدم به على الغرماء . والثاني : ما لا يقتضيه ، وهو إما متعلق بمصلحة العقد ، كالاشهاد ، وإما لا غرض فيه ، كقوله : بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة ، وحكمها كما سبق في كتاب البيع.وأما غيرهما ، وهو نوعان. أحدهما : ينفع المرتهن ويضر الراهن ، كشرط المنافع أو الزوائد للمرتهن ، فالشرط باطل ، فان كان رهن تبرع ، بطل الرهن أيضاً على الأظهر، وإن كان مشروطاً في بيع ، نظر ، إن لم يجرّ جهالة الثمن ، بأن شرط في البيع رهناً على أنه يبقى بعد قضاء الدين محبوساً شهراً ، فسد الرهن على الأظهر . وفي فساد البيع القولان فيما إذا شرط عقداً فاسداً في بيع ،فان صححنا البيع ، فللبائع الخيار ،صح الرهن أم فسد ، لأنه وإن صح ، لم يسلم له الشرط، وإن جرّ جهالة، بأن شرط في البيع رهناً تكون منافعه للمرتهن ، فالبيع باطل على المذهب . وقيل : هو كالذي لا يجر جهالة ، ثم البطلان فيما إذا أطلق المنفعة . فلو قيدها فقال : ويكون منفعتها لي سنة مثلاً ، فهذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، وفيه خلاف سبق .

النوع الثاني : ينفع الراهن ويضر المرتهن، كرهنتك بشرط أن لا يباع في الدين، أو لا يباع إلا بعد المحل بشهر أو بأكثر من ثمن المثل ، أو برضاي ، فالرهن باطل، كذا قطع به الأصحاب . وعن ابن خيران: أنه قال : يجيء في فساده القولان، وهو غريب . والصواب الأول ، فلو كان مشروطاً في بيع ، عاد القولان في فساده بفساد الرهن ، فان لم يفسد ، فللبائع الخيار .

فرع

زوائد المرهون غير مرهونة ، فلو رهن شجرة أو شاة بشرط أن تحدث الثمرة أو الولد مرهوناً ، لم يصح الشرط على الأظهر . وقيل : قطعا، لأنه مجهول معدوم، فان صححنا ، ففي اكساب العبد إذا شرط كونها مرهونة وجهان . أصحها : المنع ، لأنها ليست من أجزاء الأصل . وإن أفسدنا ، ففي صحة الرهن قولان . فان كان شرطا في بيع ، وصححنا الشرط ، أو أبطلناه وصححنا الرهن ، صح البيع ، وللبائع الخيار ، وإلا ففي صحة البيع القولان . وإذا اختصرت، قلت : فيه أربعة أقوال .

أحدها : بطلان الجميع . والثاني : صحة الجميع . والثالث : صحة البيع فقط . والرابع : صحته مع الرهن دون الشرط .

قلت : هذا الرابع ، هو المنصوص ، كذا قاله في « الشامل » . والله أعلم

فرع

أقرضه بشرط أن يرهن به شيئاً يكون منافعه للمقرض ، فالقرض باطل . فلو

شرط كون المنافع مرهونة ، فالشرط باطل ، والقرض صحيح ، لأنه لا يجر نفعاً وفي صحة الرهن القولان .

فرع

لو قال:أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به ، وبالألف الذي لي عليك كذا أو بذلك الالف وحده ، فالقرض فاسد . ولو قال المستقرض : أقرضني ألفاً على أن أرهن به ، وبالألف القديم ، أو بالقديم فقط كذا ، فالأصح فساد القرض . ولو باع بشرط أن يرهن بالثمن والدين ،أو بالدين رهناً ، بطل البيع كما سبق . فلو رهن المستقرض ، أو المشتري كما شرط ، فان علم فساد الشرط ، نظر ، إن رهن بالألف القديم ، صح ، وإن رهن بهما ، لم يصح بالألف الذي فسد قرضه ، لأنه لم يملكه ، وإنما هو مضمون في يده ، والأعيان لا يرهن بها . وفي صحته في الألف القديم قولا تفريق الصفقة . فان صح ، لم يوزع ، بل كله مرهون بالألف القديم ، لأن وضع الرهن على توثيق كل بعض من[أبعاض] الدين بجميع المرهون . فلو تلف الألف الذي فسد قبضه في يده ، صار ديناً في ذمته ، وصح الرهن بالألفين حينئذ . وإن ظن صحته ، فان رهن بالقديم ،فوجهان . قال القاضي :لا يصح ، وقال الشيخ أبو محمد وغيره : يصح .

قلت : قول الشيخ أبي محمد ، هو الأصح، واختارة الامام ، والغزالي في « البسيط » وزيف الامام قول القاضي . والله أعلم

ولو رهن بالألفين وقلنا : الصفقة تفرق ، فصحته بالألف القديم على هذا الخلاف . وكذا لو باع بشرط بيع آخر ، فأنشأه ظاناً صحة العقد ، وقد سبقت هذه الصورة في بابها .

فصل

سبق ذكر الخلاف في دخول الأبنية والأشجار في الرهن تحت اسم الأرض ، وفي دخول المغرس تحت رهن الشجرة ، والأس تحت الجدار ، خلاف مرتب على البيع ، و[الرهن] أولى بالمنع لضعفه . ولا تدخل الثمرة المؤبَّرة تحت رهن الشجرة قطعاً ، ولا غير المؤبرة على الأظهر . وقيل : قطعاً . ولا يدخل البناء بين الأشجار تحت رهن الأشجار ، إن كان بحيث يمكن إفراده بالانتفاع . وإن لم ينتفع به إلا بتبعية الأشجار، فكذلك على المذهب . وقيل : فيه الوجهان كالمغرس . ويدخل في الأشجار ، الأغصان ، والأوراق ، لكن الذي يفصل غالباً ، كأغصان الخلاف، وورق الآس ، والفرصاد ، فيه القولان في الثمرة غير المؤبرة ، وفي اندراج الجنين تحت رهن الحيوان خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى . واللبن في الضرع لا يدخل على المذهب، ولا يدخل الصوف على الظهر . وقيل : يدخل قطعاً . وقيل: إن كان قد بلغ أوان الجز لم يدخل ، وإلا دخل .

فصل

قال : رهنتك هذه الخريطة بما فيها ، أو هذا الحق بما فيه ، فان كان ما فيها معلوماً مرئياً ، صح الرهن في الظرف والمظروف ، وإلا ، لم يصح في المظروف . وفي الخريطة والحق قولا الصفقة . وأما نصه في « المختصر » على الصحة في الحق ، وعدمها في الخريطة ، فسببه أنه فرض المسألة في حق له قيمة تقصد بالرهن ، وفي خريطة ليست لها قيمة تقصد بالرهن ، وحينئذ يكون المقصود ما فيها . ولو كان اللفظ مضافاً إلى ما فيها جميعاً ، وكان ما فيها بحيث لا يصح الرهن فيه ،

بطل فيهما جميعاً ،وفي وجه: يصــــح فيها وإن كانت قليلة القيمة اعتبـاراً باللفظ .
ولو عكست التصوير في الحق والخريطة ، كان الحكم يعكس ، كما نص عليه بلا فرق.
ولو قال : رهنتك الظرف دون ما فيه ، صح الرهن فيه مهما كان له قيمـة . فان
قلت : لأنه إذا أفرده فقد وجه الرهن نحوه ، وجعله المقصود . وإن رهن الظرف
ولم يتعرض لما فيه نفياً ولا إثباتاً . فان كان بحيث يقصد بالرهن وحده ، فهو المرهون
لا غير ، وإن كان لا يقصد منفرداً لكنه متمول ، فهل المرهون الظرف فقط ؟
أو مع المظروف ؟ وجهان . أصحهما : أولهما . ويجيء على قياسه وجهان إذا لم
يكن متمولاً ، لأن الرهن ينزل على المظروف أم يلغى .
قلت : قال إمام الحرمين ، والغزالي في « البسيط » كما ذكرناه في الرهن،
يجري مثله في البيع حرفاً حرفاً ، فيما إذا قال : بعتك الخريطة بما فيها ، أو وحدها ،
أو الخريطة ، لأن مأخذه اللفظ . والله أعلم

الركن الرابع : العاقدان ، فيعتبر فيهما التكليف ، لكن الرهن تبرع . فان
صدر من أهــــل التبرع فيما له ، فذاك ، وإلا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة
والاحتياط ، فرهن الولي مال الصبي ، والمجنون ، والمحجور عليه لسفه ، وارتهانه
لهم ، مشروطان بالمصلحة والاحتياط ، فمن صور الرهن للمصلحـــة ، أن يشتري
للطفل ما يساوي مائتين بمائة نسيئة ، ويرهن به ما يساوي مائة من ماله ، فيجوز
لأنه إن لم يعرض تلف ، ففيه غبطة ظاهرة . وإن تلف المرهون ، كان في المشترى
ما يجبره . ولو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على مائة ، ترك هـذا الشراء ، لأنه
ربما تلف المرهون . فان كان مما لا يتلف في العادة كالعقار ، فالمذهب أنه لا يجوز.
وعن الشيخ أبي محمد ميل إلى جوازه . ومنها إذا وقع نهب أو حريق ، وخـاف
الولي على ماله ، فله أن يشتري عقاراً ، ويرهن بالثمن شيئاً من ماله إذا لم يمكن

أداؤه في الحال ، ولم يبع صاحب العقار عقاره إلا بشرط الرهن . ولو اقترض له والحالة هذه ، ورهن به ، لم يجز ، قاله الصيدلاني ، لانه يخاف التلف على ما يقرضه خوفه على ما يرهنه . ولك أن تقول : إن لم يجد من يستودعه ، ووجد من يرتهنه ، والمرهون أكثر قيمة من القرض، وجب أن يجوز رهنه . ومنها أن يقترض له لحاجته إلى النفقة ، أو الكسوة ، أو لتوفية ما لزمه ، أو لاصلاح ضياعه أو مرمّتها ارتقاباً لغلّتها ، أو لانتظار حلول دين له مؤجل، أو نفاق متاعه الكاسد فان لم يرتقب شيئاً من ذلك ، فبيع ما يريد رهنه أولى من الاستقراض . وحكي وجه شاذ : أنه لا يجوز رهن مال الصبي بحال ، وليس بشيء . وأما الارتهان ، فمن صور المصلحة فيه ، أن يتعذر على الولي استيفاء دين الصبي ، فيرتهن به إلى تيسيره . ومنها أن يكون دينه مؤجلاً بأن ورثه كذلك . ومنها أن يبيع الولي ماله مؤجلاً بغبطة ، فلا يكتفى بيسار المشتري ، بل لا بد من الارتهان بالثمن . وفي « النهاية » إشارة إلى خلاف ذلك ، أخذا من جواز إبضاع ماله . وإذا ارتهن جاز أن يرتهن بجميع الثمن على الصحيح . وفي وجه : يشترط أن يستوفي ما يساوي المبيع نقداً ، وإنما يرتهن ويؤجل بالنسيئة للفاضل .

قلت : هذا الوجه حكاه بعض العراقيين عن الاصطخري . وقول الغزالي : إنه مذهب العراقيين ، ليس بجيد ، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب العراقيين . وإنما اشتهر الخلاف عندهم ، فيما إذا باع ما يساوي مائة نقداً ، ومائة وعشرين نسيئة بمائة وعشرين نسيئة ، وأخذ بالجميع رهناً ، ففيه عندهم وجهان . الصحيح وظاهر النص ، وقول أكثرهم : انه صحيح . قال صاحب « الحاوي » ، وشيخه الصيمري، وصاحب « البيان » وآخرون من العراقيين : فاذا جوزنا البيع نسيئة ، فشرطه كون المشتري ثقة موسراً ، ويكون الأجل قصيراً . قال : واختلفوا في حدّ الأجل الذي لا تجوز الزيادة عليه ، فقيل : سنة . وقال الجمهور : لا يتقدر بالسنة،

بل يعتبر عرف الناس . ويشترط كون الرهن وافياً بالثمن ، فان فقد شرط من هذه، بطل البيع،ويلزمه أن يشهد عليه ، فان ترك الاشهاد ، ففي بطلان البيـع وجهان . والله أعلم

ومنها أن يقرض ماله أو يبيعه لضـرورة نهب ، ويرتهن به ، قال الصيدلاني : والأولى أن لا يرتهن إذا خيف تلف المرهون ، لأنه قد يتلف ويرفعـه إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن ، وحيث جاز الرهن ، فشرطه أن يرهن عنـد أمين يجوز إيداعه . وسواء في ذلك كان الولي أباً ، أو جداً ، أو وصياً ، أو حاكماً ، أو أمينه . لكن حيث جاز الرهن أو الارتهان ، جاز الأب والجـد أن يعاملا به أنفسها ، ويتوليا الطرفين ، وليس لغيرهما ذلك ، وإذا تولى الأب الطرفين ، فقبضه وإقباضه سنذكرهما قريباً في رهن الوديعة عند المودع إن شاء الله تعالى .

فصـــل

رهن المكاتب وارتهانه ، جائزان بشرط المصلحة والاحتياط ، كما ذكرنا في الصبي. وتفصيل صور الارتهان ، كما سبق في الصبي . وقيل : لا يجوز أن يستقل بالرهن، وباذن السيد قولان ، تنزيلاً لرهنه منزلة تبرعه . وقيل : لا يجوز استقلاله بالبيـع نسيئة بحال ، وباذن السيد القولان .

فصـــل

المأذون إذا دفع إليه سيده مالاً ليتجر فيه، فهو كالمكاتب إلا في شيئين . أحدهما : أن رهنه أولى بالمنع ، لكون الرهن ليس من عقد التجـارة . والثاني : له البيـع

نسيئة بإذن سيده بلا خلاف . فان قال له : اتجر بجاهك ، ولم يدفع إليه مالاً ،فله البيع والشراء في الذمة حالاً ومؤجلاً ، وكذا الرهن والارتهان ، إذ لا ضرر على سيده. فان فضل في يده مال ، كان كما لو دفع إليه مالاً .

قلت : قوله : إن رهنه أولى بالمنع ، يعني ما منعناه في المكاتب فهنا أولى ، ومالا ، فوجهان . وهذا ترتيب الامام ، وقطع الشيخ أبو حامد وصاحبا « الشامل » و « التهذيب» بأنه كالمكاتب . والله أعلم

الباب الثاني
في حكم القبض والطوارىء قبله

القبض ركن في لزوم الرهن .ولو رهن ولم يقبض ، فله ذلك . فان كان شرط في بيع ، فللبائع الخيار . ثم مَن صح ارتهانه ، صح قبضه . وتجري النيابة في القبض جريانها في العقد ، لكن لا يصح أن يستنيب الراهن ، ولا عبده ومدبَّره ، وأم ولده قطعاً ، ولا عبده المأذون على أصح الأوجه . وفي الثالث : إن ركبته ديون ، صحت استنابته ، لانقطاع سلطة السيد عما في يده كالمكاتب ، وإلا ، فلا ، وتصح استنابة المكاتب ، لاستقلاله باليد والتصرف .

فصل

صفة القبض هنا في العقار والمنقول ، كما سبق في البيع ، ويطرد الخلاف في كون التخلية في المنقول قبضاً ،وعن القاضي : القطع بأنها لا تكفي هنا ، لأن القبض مستحق هناك .

فرع

أودع عند رجل مالاً ، ثم رهنه عنده ، فظاهر نصه: أنه لا بد من إذن جديد في القبض، ولو وهبه له ، فظاهر نصه: حصول القبض بلا إذن في القبض، والأصحاب طرق .أصحها : فيهما قولان، أظهرهما : اشتراط الاذن فيهما . والطريق الثاني : تقرير النصين ، لأن الرهن توثيق ، وهو حاصل بغير القبض ، والهبة تمليك ، ومقصوده الانتفاع ، ولا يتم ذلك إلا بالقبض ، فكانت الهبة لمن في يده رضاً بالقبض . والثالث : القطع باعتبار الاذن فيهما ،قاله ابن خيران . وسواء شرط الاذن الجديد ، أم لا ، فلا يلزم العقد مالم يمض زمان يتأتى فيه صورة القبض . لكن إذا شرط الاذن ، فهذا الزمان يعتبر من وقت الاذن . وإن لم يشترطه ، فمن وقت العقد . وقال حرملة: لا حاجة إلى مضي هذا الزمان ، ويلزم العقد بنفسه ، والصحيح الأول .

قلت : قوله : قال حرملة معناه : قال حرملة مذهباً لنفسه ، لا نقلاً عن الشافعي رضي الله عنه ، كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون . وإنما نبهت على هذا ،لئلا يغتر بعبارة صاحب « المهذب » فانها صريحة ، أو كالصريحة ، في أن حرملة نقله عن الشافعي رضي الله عنه ، فحصل أن المسألة ذات وجهين ، لا قولين. والله أعلم

فعلى الصحيح ، إن كان المرهون منقولاً غائباً ، اعتبر زمان يمكن المصير فيه إليه ونقله . وهل يشترط مع ذلك نفس المصير ومشاهدته ؟ فيه أوجه . أصحها : لا . والثاني : نعم. والثالث : إن كان مما يشك في بقائه ، كالحيوان ، فانه معرض للآفات ، اشترط . وإن تيقن بقاؤه ، فلا ، فان شرطنا الحضور والمشاهدة ، فالمذهب

أنه لا يشترط مع ذلك نقله، فان شرطنا النقل، أو المشاهدة، فهل يصح التوكيل فيه؟ فيه وجهان. أصحها: الصحة، كابتداء القبض. والثاني: لا، لأن ابتداء القبض له، فليتمَّه.

فرع

لو ذهب ليقبضه، فوجده قد ذهب من يده، نظر، إن أذن له في القبض بعد العقد، فله أخذه حيث وجده، وإلا، لم يأخذه حتى يُقبضه الراهن، سواء شرطنا الاذن الجديد، أم لا، كذا قاله ابن عبدان، وكأنه صوَّره فيما إذا علم خروجه من يده قبل العقد. أما إذا خرج بعده ولم يشترط الاذن الجديد، فقد جعلنا الرهن ممن هو في يده إذناً في القبض، فليكن كما لو استأنف إذناً.

فرع

إذا رهن الأب مال الطفل عند نفسه، أو ماله عند الطفل، ففي اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض، وجهان. فان شرطناه، فهو كرهن الوديعة عند المودع، فيعود الخلاف المذكور. وقصد الأب قبضاً وإقباضاً، كالاذن الجديد هناك.

فرع

إذا باع المالك الوديعة، أو العاريَّة ممن في يده، فهل يعتبر زمان إمكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان؟ وجهان. أصحها: نعم. ثم اشتراط المشاهدة

والنقل ، كما سبق في الرهن والهبة ، فعلى هذا ، هل يحتاج إلى إذن في القبض؟ نظر ، إن كان الثمن حالاً ولم يوفه ، لم يحصل القبض إلا باذن البائع ، فان وفاه أو كان مؤجلاً ، فالمذهب : أنه لا يحتاج إليه ، وبهذا قطع الجمهور . وقيل : هو كالرهن ، والفرق على المذهب : أن القبض مستحق في البيع ، فكفى دوامه .

فرع

إذا رهن المالك ماله عند الغاصب ، أو المستعير ، أو المستام ، أو الوكيل ، صح . والقول في افتقار لزومه إلى مضي زمان يتأتى فيه القبض ، وإلى إذن جديد في القبض، على ما ذكرناه في رهن الوديعة عند المودع . وقيل : لا بد في الغصب من إذن قطعاً ، لعدم الاذن في أول اليد . وإذا رهن عند الغاصب ، لا يبرأ من الضمان ، فان أراد البراءة ، رده إلى الراهن ، ثم له الاسترداد بحكم الارتهان . فان امتنع الراهن من قبضه ، فله إجباره . ولو أراد الراهن إجبار المرتهن على رده إليه ، ثم يرده هو عليه ، لم يكن له ذلك على الأصح ، وبه قال القاضي ، إذ لا غرض له في براءة ذمة المرتهن . وإن أودعه عند الغاصب ، برىء على الأصح ، لأن مقصود الايداع ، الائتمان ، والضمان والأمانة لا يجتمعان ، فانه لو تعدى في الوديعة ، لم يبق أميناً ، بخلاف الرهن ، فانه يجتمع هو والضمان ، فانه لو تعدى في الرهن ، صار ضامناً وبقي الرهن . والاجارة ، والتوكيل ، والقراض على المال المغصوب ، وتزويجه للجارية التي غصبها لا يفيد البراءة على المذهب . ولو صرح بابراء الغاصب من ضمان الغصب ، والمال باقٍ في يده ، ففي براءته ومصير يده يد أمانة ، وجهان . أصحهما : لا يبرأ .

قلت : قطع صاحب «الحاوي» بأنه يبرأ ، وصححه البغوي ، قال صاحبا «الشامل» و «المهذب» : هو ظاهر النص . والله أعلم

فرع

لو رهن العاريّة عند المستعير ، أو المقبوض بالسوم، أو بشراء فاسد عند قابضه، لم يبرأ على الأصح .

قلت : قال صاحب « الشامل »: إذا رهن العاريّة عند المستعير ، لم يزل ضمانها، وكان له الانتفاع بها . فان منعه الانتفاع ، ففي زوال الضمان وجهان . وقال في « الحاوي »: في بطلان العاريّة وجهان . أحدهما : لا تبطل ، وله الانتفاع. فعلى هذا ، يبقى الضمان . والثاني : تبطل العارية ، وليس له الانتفاع ، ويسقط الضمان. والله أعلم

فصل

في الطواريء المؤثرة في العقد قبل القبض

وهي ثلاثة أنواع .

الأول : ما ينشؤه الراهن من التصرفات، فكل مزيل للملك، كالبيع ، والاعتاق، والاصداق ، وجعله أجرة، والرهن ، والهبة مع القبض والكتابة ، والوطء مع الاحبال ، يكون رجوعاً عن الرهن إذا وُجد قبل القبض .والتزويج ، والوطء بلا إحبال ، ليس برجوع ، بل رهن المزوجة ابتداءً جائز . وأما الاجارة ، فان جوّزنا رهن المستأجَر وبيعه ، فليس[1] برجوع ، وإلا ، فرجوع على الأصح. والتدبير ، رجوع على الصحيح المنصوص .

قلت : قال أصحابنا العراقيون وصاحب « التتمة » :إن كانت الاجارة إلى مدة تنقضي قبل محِل الدين ، لم يكن رجوعاً قطعاً ، وإلا فعلى الخلاف والبناء المذكور.

---

(١) في نسخ الظاهرية : فليست .

والأصح على الجملة: أنها ليست رجوعاً مطلقاً ، ونص عليه في « الأم » وقطع به الشيخ أبو حامد والبغوي . والله أعلم

النوع الثاني : ما يعرض للمتعاقدَين ، فان مات أحدهما قبل القبض ، فنص: أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن ، وفيها طرق . أصحها . فيها قولان . أظهرهما : لا يبطل فيهما ، لأن مصيره إلى اللزوم ، فلا يبطل بموتهما كالبيع . والثاني : يبطل، لأنه جائز ، فيبطل كالوكالة . والطريق الثاني : تقرير النصين ، لأن المرهون بعد موت الراهن ، ملك لوارثه . وفي إبقاء الرهن ضرر عليهم ، وفي موت المرتهن يبقى الدين والوارث محتاج إلى الوثيقة حاجة ميته . والثالث : القطع بعدم البطلان فيهما . فاذا قلنا بالقولين ، فقيل : هما مختصان برهن التبرع . فأما المشروط في بيع ، فلا يبطل قطعاً لتأكده . والمذهب :طردهما في النوعين ، وبه قال الجمهور . فاذا أبقينا الرهن ، قام وارث الراهن مقامه في الاقباض ، ووارث المرتهن في القبض ، وسواء أبطلناه أم لا ، ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط ، ثبت الخيار في فسخ البيع . ولو جنَّ أحدهما ، أو أُغمي عليه قبل القبض ، فان قلنا : لا يبطل بالموت ، فهنا أولى، وإلا ، فوجهان . فان لم نبطله ، فجن المرتهن ، قبض من ينظر في ماله . فان لم يسلمه الراهن وكان مشروطاً في بيع ، فعل ما فيه المصلحة من الفسخ والاجازة . وإن جن الراهن ، فان كان مشروطاً في بيع ، وخاف الناظر فسخ المرتهن إن لم يسلمه ، والحظ في الامضاء ، سلمه . وإن لم يخف ، أو كان الحظ في الفسخ ، أو كان رهن تبرع ، لم يسلمه ، كذا أطلقوه ، ومرادهم : إذا لم يكن ضرورة ولا غبطة ، لأنها تجوِّزان رهن مال المجنون ابتداءً ، فالاستدامة أولى . ولو طرأ على أحدهما حجر سفه ، أو فلس ، لم يبطل على المذهب .

النوع الثالث : ما يعرض في المرهون . فلو رهن عصيراً وأقبضه ، فانقلب في

يد المرتهن خمراً ، بطل الرهن على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ،لخروجه عن المالية
وقيل : إن عاد خلاً ، بان أن الرهن لم يبطل ، وإلا ، بان بطلانه ، فان أبطلنا ،
فلا خيار للمرتهن إن كان مشروطاً في بيع ، لأنه حدث في يده ، فان عاد خلاً ،
عاد الرهن على المشهور ، كما يعود الملك . ومرادهم ببطلانه أولاً : ارتفاع حكمه
ما دام خمراً ، ولم يريدوا اضمحلال أثره بالكلية . ولو رهن شاة فماتت في يد المرتهن ،
فدبغ جلدها ، لم يعد رهناً على الأصح ، واختاره الأكثرون ، لأن ماليته حدثت
بالمعالجة ، بخلاف الخمر ، ولأن العائد غير ذلك الملك . ولو انقلب خمراً قبل القبض ،
ففي بطلانه البطلان الكلي ، وجهان . أحدهما : نعم ، لاختلاله في حال ضعف الرهن ،
وعدم لزومه . والثاني : لا ، كما بعد القبض . ومقتضى كلامهم ، ترجيح هذا .

قلت : قد قطع صاحبا « الشامل » و « البيان » بالأول ، ولكن الثاني أصح ،
وصححه في « المحرر » . والله أعلم

قال في « التهذيب » وعلى الوجهين لو كان مشروطاً في بيع ، ثبت الخيار
للمرتهن ، لأن الخل دون العصير . ولا يصح الاقباض في حال الخمرية ، فلو فعل وعاد
خلاً ، فعلى الوجه الثاني :لا بد من استئناف قبض ، وعلى الأول : لا بد من استئناف
عقد ، ثم القبض فيه على ما ذكرنا فيما إذا رهنه ما هو في يده .

فرع

لو انقلب المبيع خمراً قبل القبض ، فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد
خلاً على ما ذكرناه في انقلاب العصير المرهون خمراً بعد القبض .

قلت : هذا هو المذهب ، وبه قال الأكثرون ، وقطع جماعة من العراقيين ،

منهم صاحب « الشامل » بأنه يبطل البيع ، وفرّقوا بينه وبين الرهن بعد القبض، بأن الرهن عاد تبعاً لملك الراهن ، وهنا يعود ملك البائع لعدم البيع ، ولا يصح أن يبيع ملك المشتري . والله أعلم

ولو جنى المرهون قبل القبض ، وتعلّق برقبته أرش ، وقلنا : رهن الجاني ابتداءً فاسد ، ففي بطلان الرهن وجهان ، كتخمر العصير ، وهذا أولى بعدم البطلان ، لدوام الملك في الجاني . قال الامام : وإباق المرهون قبل القبض يخرّج على وجهين ، لأنه انتهى إلى حالة تمنع ابتداء الرهن .

قلت : أصحها : لا يبطل ، وصححه في « المحرر » . والله أعلم

فصـــل
في تخلّل الخمر وتخليلها

الخمر نوعان .

أحدهما : محترمة ، وهي التي اتخذ عصيرها ليصير خلاً ، وإنما كانت محترمة ، لان اتخاذ الخل جائز بالاجماع ، ولا ينقلب العصير إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة ، فلو لم يحترم وأريق في تلك الحال ، لتعذّر اتخاذ الخل .

النوع الثاني : غير محترمة ، وهي التي اتخذ عصيرها للخمرية . ثم في النوعين مسائل .

إحداها : تخليل الخمر بطرح العصير ، أو الملح ، أو الخل ، أو الخبز الحارّ ، أو غيرها [فيها] (١) حرام . والخل الحاصل منها نجس لعلتين . إحداهما : تحريم التخليل . والثانية : نجاسة المطروح بالالاقاة ، فتستمر نجاسته، إذ لا مزيل لها ، ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابه طاهراً ، بخلاف أجزاء الدّن . ثم سواء في هذا الخمر

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية.

المحترمة وغيرها، والمطروح قصداً ،أو اتفاقاً ، كالقاء الريح . وفي وجه :يجوز تخليل المحترمة . وفي وجه : تطهر إذا طرح بغير قصد. والصحيح : الاول . ولو طرح في العصير بصلاً ، أو ملحاً ،واستعجل به الحموضة بعد الاشتداد ، فوجهان . أحدهما: يطهر ، لانه لاقاه في حال طهارته كأجزاء الدّن . وأصحهما : لا، لان المطروح تنجس بالتخمر ، فيستمر ،بخلاف أجزاء الدّن للضرورة . ولو طرح العصير على الخل،وكان العصير غالباً يغمر الخل عند الاشتداد ، ففي طهارته إذا انقلب خلاً هذان الوجهان . ولو كان الخل غالباً يمنع العصير من الاشتداد ، فلا بأس .

المسألة الثانية :إمساك المحترمة لتصير خلاً ،جائز ،وغير المحترمة يجب إراقتها. فلو لم يرقها فتخللت،طهرت ،لان النجاسة والتحريم للشدة ، وقد زالت،وحكي وجه: أنه لو أمسك غير المحترمة فتخللت ، لم تطهر . وحكى الامام عن بعض الخلافيين : أنه لا يجوز إمساك المحترمة ، بل طريقه أن يعرض عن العصير إلى أن يصير خلاً ، فان اتفق رؤيته إياه خمراً ، أراقه، وهذان شاذان منكران .

فرع

متى عادت الطهارة بالتخلل ، طهرت أجزاء الظرف للضرورة . وعن الدارَكي: إن لم يتشرب شيئاً من الخمر كالقوارير ، طهر،وإلا ، فلا ، والصواب المعروف : الطهارة مطلقاً . وكما يطهر ما يلاقي الخل بعد التخلل، يطهر ما فوقه مما أصابه الخمر في حال الغليان ، قاله القاضي حسين ، وأبو الربيع الايلاقي .

قلت : هو بكسر الهمزة ، وبالياء المثناة تحت ، وبالقاف منسوب إلى إيلاق ، وهي ناحية من بلاد الشاش،واسم أبي الربيع هذا:طاهر بن عبد الله (١)، إمام جليل، من أصحاب القفال المروزي ، وأبي إسحاق الاسفراييني . والله أعلم

---

(١) في الاصل : « ابن إمام جليل » بزيادة لفظة « ابن » والتصويب من مخطوطات الظاهرية ، وانظر ترجمته في الانساب ١/ ٤١٢ للسمعاني و « تهذيب الاسماء واللغات » ٢/ ٢٣٠، ٢٣١ .

الثالثة : لو كان ينقلها من الظل إلى الشمس وعكسه، أو يفتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالاً للحموضة ، طهرت على الاصح ، وقال أبو سهل الصعلوكي: لا تطهر، والمحترمة أولى بالطهارة .

فرع

عن الشيخ أبي علي ، خلاف في صحة بيع الخمر المحترمة، بناءً على الخلاف في طهارتها ، وقد سبق في الطهارة . وإذا استحالت أجواف حبات العناقيد خمراً، ففي بيعها اعتماداً على طهارة ظاهرها ، وتوقع طهارة باطنها ،وجهان ،وطرّدوهما في البيضة المستحيل باطنها دماً ، والصحيح : المنع .

الباب الثالث
في حكم المرهون بعد القبض

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : في جانب الراهن ، وهو ممنوع من كل تصرف يزيل الملك وينقل العين [1] ، كالبيع والهبة ونحوها . ومما يزحم المرتهن في مقصود الرهن ، وهو الرهن عند غيره ، ومن كل تصرف ينقص المرهون ، أو يقلل الرغبة فيه ، كالتزويج .

قلت : فلو خالف فزوج العبد أو الأمة المرهونين ، فالنكاح باطل ، صرح به القاضي أبو الطيب ، لأنه ممنوع منه ، وقياساً على البيع . والله أعلم

وأما الاجارة ، فان كان الدين حالاً أو مؤجلاً يحل قبل انقضاء مدتها ، بطلت الاجارة على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : إن جوزنا بيع المستأجَر ،صحت، وإلا ، فلا ، وقال في « التتمة » : تبطل في قدر الأجل . وفي الزائد قولا تفريق

---

(١) في مخطوطات الظاهرية : « وينقل إلى الغير » .

الصفة . ولم يفصّل الجمهور ، بل أطلقوا القول بالبطلان . وإن كان الأجل يحل بعد انقضاء مدة الاجارة أو معها ، صحت قطعاً . فان حل قبل انقضائها بموت الراهن، فوجهان . أحدهما : تنفسخ الاجارة رعاية لحق المرتهن ، لأنه أسبق ، ويضارب المستأجر بالاجرة المدفوعة مع الغرماء . والثاني وهو اختيار ابن القطان : أن المرتهن يصبر إلى انقضاء مدة الاجارة ، كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة لتستوفي المعتدة حق السكنى جمعاً بين الحقين . وعلى هذا ، يضارب المرتهن بدينه في الحال . فاذا انقضت المدة وبيع المرهون ، قُضي باقي دينه . فان فضل شيء ، فللغرماء . هذا كله إذا أجر لغير المرتهن . فلو أجره ، جاز ولا يبطل الرهن ، وكذا لو كان مستأجِرَه فرهنه عنده ، جاز . فلو كانت الاجارة قبل تسليم الرهن ، ثم سلمه عنهما جميعاً ، جاز . ولو سلم عن الرهن ، وقع عنهما جميعاً ، لأن القبض في الاجارة مستحق . ولو سلم عن الاجارة ، لم يحصل قبض الرهن . وما قدمناه من منع الراهن [من][1] البيع وسائر التصرفات . والحكم بابطالها ، هو الجديد المشهور . وعلى القديم المجوّز وقفَ العقود : تكون هذه التصرفات موقوفة على الفكاك وعدمه ، ومال الامام إلى تخريجها على الخلاف في بيع المفلس ماله ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا أعتق الراهن المرهون ، ففي تنفيذه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث ، وهو إن كان موسراً ، نفذ ، وإلا ، فلا ، فان قلنا : لا ينفذ ، فالرهن بحاله ، فلو انفك بابراءٍ أو غيره ، فقولان ، أو وجهان ، أصحها : لا ينفذ ، لانه أعتق وهو لا يملك إعتاقه ، فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بسفه ، ثم زال حجره . وقطع جماعة بالنفوذ . وإن بيع في الدين ثم ملكه ، لم يعتق على المذهب . وقيل : على الخلاف.

(١) الزيادة من مخطوطات الظاهرية .

وإن قلنا : ينفذ مطلقاً ، لزم الراهن قيمته يوم الاعتاق ، فان كان موسراً ، أخذت في الحال ، وجعلت رهناً مكانه ، وإلا ، أمهل إلى اليسار ، فاذا أيسر ، أخذت وجعلت رهناً إن لم يحلّ الدين ، وإن حلّ ، طولب به ، ولا معنى للرهن ، كذا قاله العراقيون . ولك أن تقول : كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحالّ ، وقد يكون بالمؤجل ، فكذا قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهناً وإن حل الحق إلى تيسر الاستيفاء . قال الامام : ومهما بذل القيمة على قصد الغرم ، صارت رهناً ولا حاجة إلى عقد مستأنف ، والاعتبار بقصد المؤدّي . ومتى كان موسراً ، وقلنا : ينفذ مطلقاً ، أو من الموسر ، ففي وقت نفوذه طريقان . أحدهما : على الأقوال في وقت نفوذ عتق نصيب شريكه . ففي قول : يتعجل . وفي قول : يتأخر إلى دفع القيمة . وفي قول : يتوقف . فاذا غرم ، أسندنا العتق تبيُّناً . والطريق الثاني ، وهو المذهب: القطع بنفوذه في الحال . والفرق : أن العتق هناك يسري إلى ملك غيره ، فلا يزول إلا بقبضه قيمته ، وهنا يصادف ملكه .

قلت : قوله : إذا كان موسراً ، ففيه طريقان ، إشارة إلى أن المعسر إذا نفذنا عتقه ، يعتق في الحال بلا خلاف ، وبهذا صرح الشيخ أبو حامد ، وصاحب « الشامل » وغيرهما . والله أعلم

فرع

لو علق عتقه بفكاك الرهن ، نفذ عند الفكاك ، إذ لا ضرر على المرتهن . وإن علق بصفة أخرى ، فان وجدت قبل فكاك الرهن ، ففيه أقوال التنجيز . وإن وجدت بعده ، نفذ على الأصح .

فرع

لو رهن نصف العبد ثم أعتق نصفه ، فان أضاف العتق إلى النصف المرهون،

ففيه الأقوال . وإن أضافه إلى النصف الآخر ، أو أطلق،عتق ما ليس بمرهون ، ويسري إلى المرهون إن نفذنا إعتاقه ، وكذا إن لم ننفذه على الأصح لانه يسري إلى ملك غيره ، فملكه أولى . وعلى هذا ، يفرق بين الموسر والمعسر على الاصح، حكاه الامام عن المحققين ، وجزم في « التتمة » بأن لا فرق لانه ملكه .

قلت : إذا أعتق المرهون عن كفارته ، أجزأه إن قلنا : ينفذ إعتاقه . وان أعتقه عن كفارة غيره ، فلا يعتق،لانه بيع ، قاله القاضي حسين في « الفتاوى». والله أعلم

فرع

وقف المرهون ، باطل على المذهب . وقيل : على الاقوال . وقال في «التتمة» ان قلنا : لا يحتاج الى القبول ، فكالعتق ، وإلا، فباطل .

فصل

ليس للراهن وطء المرهونة بكراً كانت أو ثيباً ، عزل ، أم لا . وفي وجه ضعيف : يجوز وطء ثيب لا تحبل لصغر ، أو اياس ، ووطء الحامل من الزنا ، ولكن وطء الحامل من الزنا ، مكروه مطلقاً .

قلت : وفي وجه : يحرم . والله أعلم

ولو خالف فوطىء ، فلا حدّ ولا مهر ، وعليه أرش البكارة إن افتضها . فان شاء جعله رهناً ، وإن شاء قضاه من الدين ، فان أولدها ، فالولد نسيب حر ، ولا

قيمة عليه ، وفي مصيرهـا أم ولد أقوال العتق ، وهنا أولى بالنفوذ عند الأكثر، لقوة الاحبال . وقيل : عكسه ،لان العتق أقوى من جهة ، فانه تنجز به الحرية ، بخلاف الاستيلاد . وقيل : هما سواء . وإن شئت قلت: فيه ثلاثة طرق ، القطـع بالنفوذ، وعدمه ، وأصحها وهو الثالث : طرد الاقوال ، فان نفذ بالاستيلاد، لزمه القيمة، والحكم على ما سبق في العتق ، وإلا ، فالرهن بحاله . فلو حل الحق وهي حامل ، لم يجز بيعها على الأصح ، لانهـا حامل بحر . وإذا ولدت لا تبـاع حتى تسقي الولد اللبأ ، ونجد مرضعاً خوفاً من أن يسافر بها المشتري ، فيهلك الولد ، فاذا وجدت المرضع ، بيعت الأم ، ولا يبالى بالتفريق بينها وبين الولد للضرورة . ثم إن استغرقها الدين ، بيعت كلها ، وإلا فيباع قدر الدين وإن أفضى التشقيص إلى نقصان رعايـة لحق الاستيلاد ، فان لم يوجد مَن يشتري البعض ، بيـع الجميـع للضرورة ، وإذا بيع بقدر الدين ، انفك الرهن عن الباقي واستقر الاستيلاد فيه، وتكون النفقة على المشتري والمستولد بحسب النصيبين ، ويكـون الكسب بينهما . ومتى عادت إلى ملكه بعد بيعها في الدين، نفذ الاستيلاد على الاظهر. وقيل: قطعاً . ولو انفك رهنها من غير بيع ،نفذ الاستيلاد على المذهب وقيل : هو كما لو بيعت ثم ملكها.وليس للراهن أن يهب هذه الجارية للمرتهن ، وإنما تباع في الحق للضرورة ، وهذا معنى قول الأئمة : الاستيلاد ثابت في حق الراهن . وإنما الخلاف في ثبوته في حق المرتهن .

فرع

لو ماتت هذه الجارية بالولادة . وقلنا : الاستيلاد لا ينفذ ، لزمه قيمتهـا على الصحيح ،فتكون رهناً مكانها . ولو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة ، وجبت قيمتها على الصحيح . ولو كانت حرة ، لم تجب الدية على الاصـح ، لان الوطء

سبب ضعيف ، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة ، لان الوطء استيلاء عليها ، والعلوق من آثاره ، فأدمنا الاستيلاء كالمُحرم إذا نفَّر صيداً وبقي نفاره إلى الهلاك بالتعثر وغيره . والحرة لا تدخل تحت الاستيلاء. ولو أولد امرأة بالزنا مكرهة، فماتت بالولادة حرة [كانت] أو أمة ،لم يجب الضمان على الاظهر، لان الولادة غير مضافة إليه، لقطع النسب . ولو ماتت زوجته من الولادة ، لم يجب الضمان بلا خلاف ، لتولُّده من مستحق . وحيث أوجبنا ضمان الحرة ، فهو الدية على عاقلته . وحيث أوجبنا القيمة ، وجب قيمتها يوم الاحبال على الاصح، لانه سبب التلف، كما لو جرح عبداً قيمته مائة ، فبقي زمناً حتى مات وقيمته عشرة ، لزمه مائة . والوجه الثاني :تجب قيمتها يوم الموت ، لانه وقت التلف . والثالث : يجب أكثرهما ، كالغصب . ولو لم تمت ،ونقصت بالولادة ، لزمه الارش .فان شاء جعله رهناً معها ، وإن شاء صرفه في قضاء الدين .

فصل

للراهن استيفاء المنافع التي لا تضر بالمرتهن ، كسكنى الدار ، وركوب الدابة ، واستكساب العبد ، ولبس الثوب ، إلا إذا نقص باللبس،وإنزاء الفحل ، إلا إذا نقص قيمته . والانزاء على الأنثى ، إن كان الدين يحل قبل ظهور الحمل ، أو تلد قبل حلوله . فان كان يحل بعد ظهوره وقبل الولادة ، فان قلنا : الحمل لا يعرف ، جاز أيضاً ،لانها تباع مع الحمل. وإن قلنا : يعرف وهو الاظهر، لم يجز، لانه لا يمكن بيعها دون الحمل ، وهو غير مرهون . وليس له البناء في الارض المرهونة ، ولا الغراس ، وفي وجه : يجوز إن كان الدين مؤجلاً ، والصحيح : المنع . والزرع إن نقص قيمة الارض لاستيفاء قوّتها ، ممنوع . وإن لم ينقص وكان بحيث يحصد قبل حلول الاجل ،فلا [منع]. فلو تأخر الادراك لعارض، ترك إلى الادراك.

وإن كان بحيث يحصد بعد الحلول،أو كان الدين حالاً ، منع على المشهور، لانه تقلّ الرغبة في المزروعة . وفي قول :لا منع،ويجبر على القطع عند المحل إن لم يف قيمتها[١]، مزروعة دون الزرع بالدين .ولو غرس أو بنى حيث منعناه ، لم يقلع قبل حلول الأجل على الصحيح ، فلعله يقضي الدين من غيره . وأما بعد حلول الاجل والحاجة إلى البيع ، فيقلع ان لم تف قيمة الارض بدينه ، وزادت بالقلع . فلو صار الراهن محجوراً عليه بالافلاس ، ففي القلع وجهان، بخلاف مالو نبت النخل من نوى حمله السيل ، حيث جزمنا بأنه لا يقلع في مثل هذه الحالة ، لأنا منعناه هنا .

فصل

اليدُ على المرهون ، مستحقة للمرتهن ، لأنها مقصود التوثّق . فما لا منفعة فيه مع بقاء عينه ، كالنقود والحبوب ، لا تُزال يد المرتهن عنه . وأما غيره ، فان أمكن تحصيل الغرض مع بقائه في يد المرتهن ، تعيَّن فعله جمعاً بين الحقين ، وإنما تزال يده عند اشتداد الحاجة إليه . فان كان العبد مكتسباً وتيسر استكسابه هناك، لم يخرج من يده إن أراد الراهن الاستكساب . فان أراد الاستخدام أو الركوب أو غيرها من الانتفاع المحوج إلى إخراجه من يده ، ففي قول قديم : لايخرج ،والمشهور: أنه يخرج . ثم إن استوفى تلك المنافع باعارة لعدل ، أو إجارة بشرطها السابق ، فله ذلك . وإن أراد استيفاءها بنفسه ، قال في « الأم » : له ذلك ، ومنعه في القديم، فحمل حاملون الأول على الثقة المأمون جحوده . والثاني : على غيره . وقال آخرون: هما قولان مطلقا ، وهذا أصح .

قلت : المذهب : جوازه مطلقاً . والله أعلم

(١) في مخطوطات الظاهرية : « إن لم يف بيعها » .

وفرع الامام والغزالي على الجواز : أنه إن وثق المرتهن بالتسليم ، فذاك ، وإلا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع ، فان كان موثوقاً به عند النـاس ،مشهور العدالة ، لم يكلّف الاشهاد في كل أخذة على الأصح . فان كان المرهون جارية ، فأراد أخذها للاستخدام ، لم يمكّن منه ، إلا إذا أمن غشيانه ، بأن كان محرماً ، أو ثقة وله أهل . ثم إن كان إخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعة يدوم استيفاؤها ، فذاك . وإن كانت تستوفى [في] بعض الاوقات ، كالركوب ، والاستخدام ، استوفي نهاراً ، وردّ إلى المرتهن ليلاً .

فرع

ليس للراهن المسافرة به بحال وإن قصُر سفره ، لما فيه من الخطر . ولهذا منع زوج الأمة من السفر بها . وإنما جاز لسيدها السفر بها لحقه المتعلق بالرقبة ، ولئلا يمتنع من تزويجها ، ويجوز للحر السفر بزوجته الحرة .

فرع

كلام الغزالي ، يدل على أنه لا ينتزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه وإن طلب الراهن خدمته ، ولم يتعرض الاكثر لذلك .ومقتضى كلامهم : أن له الاستخدام مع إمكان الاستكساب .

قلت : كلام الغزالي ، محمول على موافقة الأصحاب ، وقد ذكرت تاويله في شرح « الوسيط ». والله أعلم

فرع

لا تُزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن بسبب الانتفاع ، لان ملك المشتري غير مستقر قبل القبض ، وملك الراهن مستقر . وهل يُستكسب في يده للمشتري ، أم تعطَّل منافعه ؟ فيه خلاف الأصحاب .

قلت : الأرجح : استكسابه . والله أعلم

فرع

التصرفات التي منع بها الراهن لحق المرتهن ، إذا أذن فيها ، نفذت . فان أذن في الوطء ، حل ، فان لم تُحبل ، فالمرهون والرهن (١) بحاله . وإن أحبل ، أو أعتق ، أو باع بالاذن ، نفذت وبطل الرهن ، وله الرجوع عن الاذن قبل تصرف الراهن . وإذا رجع ، فالتصرف بعده تصرف بلا إذن . ولو أذن في الهبة والاقباض ، ورجع قبل الاقباض ، صح وامتنع الاقباض . ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار ، فرجع المرتهن ، لم يصح رجوعه على الأصح ، لان البيع مبني على اللزوم . ولو رجع عن الاذن ولم يعلم الراهن ، فتصرف لم ينفذ على الأصح . ومتى أحبل ، أو أعتق ، أو باع وادعى الاذن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه . فان حلف ، فتصرفه بغير إذن . وإن نكل ، فحلف الراهن ، فهو كالتصرف بالاذن . فان نكل الراهن ، ففي رد اليمين على الجارية والعبد ، طريقان . أحدهما : على القولين في الرد على الغرماء إذا نكل الوارث . وأصحها : القطع بالرد ، لأن الغرماء يثبتون الحق ابتداء للميت ، وهذان يثبتان لأنفسها . ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن ، حلفوا على نفي العلم . ولو اختلف المرتهن وورثة الراهن ، حلفوا يمين الرد على البت . وفي

(١) في مخطوطات الظاهرية : « فالرهن بحاله » .

ثبوت إذن المرتهن برجل وامرأتين ، وجهان حكاهما ابن كج ، القياس : المنع ، كالوكالة.

فرع

لو حصل عند المرهونة ولد ، فقال الراهن : وطئتها باذنك فأتت بهذا الولد مني وهي أم ولد ، فقال المرتهن : بل هو من زوج أو زنيً ، فالقول قول الراهن بلا يمين ، لأنه إذا أقر بكون الولد منه ، لم يقبل رجوعه ، فلا يحلف ، وإنما يقبل قوله بشرط أن يسلّم له المرتهن أربعة أشياء ، وهي : الاذن في الوطء ، وأنه وطىء ، وأنها ولدت ، وأنها مضت مدة إمكان الولد منه . فان أنكر واحداً من الأربعة ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدمه . وفي وجه : القول قول الراهن في الوطء ، ولو لم يتعرض المرتهن لهذه الأشياء منعاً وتسليماً ، واقتصر على إنكار الاستيلاد ، فالقول قوله ، وعلى الراهن إثبات هذه الأشياء .

فرع

لو أعتق أو وهب باذن المرتهن ، بطل حقه من الرهن ، سواء كان دينه حالاً أو مؤجلاً ، وليس عليه أن يجعل قيمته رهناً مكانه . ولو باع بإذنه والدين مؤجَّل ، فكذلك . وإن كان حالاً ، قضى حقه من ثمنه ، وحمل إذنه المطلق على البيع لغرضه. ولو أذن بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه ، فقولان ، سواء كان الدين حالاً ، أو مؤجلاً . أظهرهما : يبطل الاذن والبيع . والثاني : يصحان ، ويلزم الراهن الوفاء بالشرط . ولو أذن في الاعتاق بشرط جعل القيمة رهناً ، أو في الوطء بهذا

الشرط ، إن أحيل ، ففيه القولان . ولو أذن في البيع بشرط أن يجعل حقه من ثمنه وهو مؤجل ، فالصحيح المنصوص : فساد البيع والاذن ، لفساد الشرط . وفي قول مخرج : يصحان ، ويجعل الثمن رهناً مكانه . ولو اختلفا فقال المرتهن : أذنت بشرط أن ترهن الثمن ، فقال الراهن : بل أذنت مطلقاً ، فالقول قول المرتهن . ثم إن كان الاختلاف قبل البيع ، فليس له البيع . وإن كان بعده ، وحلف المرتهن ، فان صححنا الاذن ، فعلى الراهن رهن الثمن ، وإلا ، فان صدّق المشتري المرتهن ، فالبيع باطل ويبقى مرهوناً . وإن كذبه ، نظر ، إن أنكر أصل الرهن ، حلف ، وعلى الراهن أن يرهن قيمته ، وإن أقر بكونه مرهوناً ، وادعى مثل ما ادعاه الراهن ، فعليه رد المبيع ويمين المرتهن حجة عليه . قال الشيخ أبو حامد : ولو أقام المرتهن بينة أنه كان مرهوناً ، فهو كاقرار المشتري به .

فرع

منقول عن « الأم »

لو أذن المرتهن المراهن في ضرب العبد المرهون ، فهلك في الضرب ، فلا ضمان ، لأنه تولد من مأذون فيه ، كما لو أذن في الوطء وأحبل . ولو قال : أدّبه ، فضربه فهلك ، لزمه الضمان .

فصل

الديون التي على الميت ، تتعلق بتركته قطعاً . وقد سبق في آخر باب زكاة الفطر ، أن هذا التعلق لا يمنع الارث على الصحيح . فعلى هذا ، في كيفيته قولان ، ويقال : وجهان . أحدهما : كتعلق الأرش برقبة الجاني . وأظهرهما : كتعلق الدين بالمرهون ، لان الشارع إنما أثبت هذا التعلق نظراً للميت ، لتبرأ ذمته ، فاللائق به ، أن لا يسلط

الوارث عليه . فلو أعتق الوارث أو باع وهو معسر ، لم يصح قطعاً ،سواء جعلناه كالجاني أو كالمرهون . ويجيء في الاعتاق خلاف ، فان كان موسراً ، نفذ في وجه، بناءً على تعلق الأرش ، ولا ينفذ في وجه ،بناءً على تعلق المرهون . وفي وجه : هما موقوفان . فان قضي الدين ، تبيَّنَّا نفوذهما ، وإلا ،فلا . ولا فرق بين كون الدين مستغرقا للتركة ، أو أقل منها على الأصح على قياس المرهون . والثاني : إن كان الدين أقل ، نفذ تصرف الوارث إلى أن لا يبقى إلا قدر الدين ، لان الحجر في مال كثير لشيء حقير ، بعيد . وإذا حكمنا ببطلان تصرف الوارث ، فلم يكن على التركة دين ظاهر ، فتصرف ، ثم ظهر دين ،بأن كان باع شيئاً وأكل ثمنه ، فرد بالعيب،ولزم رد الثمن ،أو سقط ساقط في بئر كان احتفرها عدواناً ، فوجهان. أحدهما : تبين فساد التصرف لتقدم سبب الدين ، فألحق بالمقارن . وأصحهما : لا يفسد . فعلى هذا ، إن أدى الوارث الدين، وإلا ، فوجهان . أصحهما : يفسخ ذلك التصرف ليصل إلى المستحق حقه والثاني : لا ،بل يطالب الوارث بالدين، ويجعل كالضامن ، وللوارث على كل حال أن يمسك عين التركة ويؤدّي الدين من خالص ماله . ولو كان الدين أكثر من التركة،فقال الوارث: آخذها بقيمتها، وأراد الغرماء بيعها لتوقع زيادة راغب ، أيهما يجاب ؟ وجهان . أصحهما : الوارث . وفي تعلق حق الغرماء بزوائد التركة ، كالكسب والنتاج ،خلاف مبني على أن الدين يمنع الارث ،أم لا ؟ إن منع ، تعلق ، وإلا ، فلا .

قلت : سواء تصرف الوارث في جميع التركة أو في بعضها ، ففيه الخلاف السابق ، وسواء علم الوارث بالدين المقارن ،أم لا ، قاله الشيخ نصر المقدسي ،لان ما يتعلق بحقوق الآدميين ،لا يختلف به . والله أعلم

الطرف الثاني: في جانب المرتهن ، وهو مستحق لليد بعد لزوم الرهن ، ولا تزال

يده إلا للانتفاع كما سبق ، ثم يردُّ إليه ليلاً ، وإن كان العبد ممن يعمل ليلاً ، كالحارس ، رد إليه نهاراً. ولو شرطا في الابتداء وضعه في يد ثالث ، جاز. فان شرطا عند اثنين ، ونصا على أن لكل واحد منهما الانفراد بالحفظ ، أو على أن يحفظاه معاً في حرز ، اتبع الشرط. وإن أطلقناه ، فوجهان . أصحهما : ليس لأحدهما أن ينفرد بالحفظ . كما لو أوصى إلى رجلين ، أو وكل رجلين في شيء لا يستقل أحدهما ، فعلى هذا يجعلانه في حرز لهما . والثاني : يجوز الانفراد لئلا يشق عليهما ، فعلى هذا إن اتفقا على كونه عند أحدهما ، فذاك ، وان تنازعا والرهن مما ينقسم ، قسم وحفظ كل واحد نصفه ، وإلا حفظ هذا مدة ، وهذا مدة. ولو قسماه بالتراضي والتفريع على الوجه الثاني ، فأراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه ، ففي جوازه وجهان .

قلت : قطع صاحب « التهذيب » بأنه لا يجوز . والله أعلم

فرع

إذا أراد الذي وضعاه عنده الرد ، رده إليهما ، أو الى وكيلهما ، فان كانا غائبين ولا وكيل ، فهو كردّ الوديعة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى . وليس له دفعه إلى أحدهما بغير إذن الآخر ، فان فعل ضمن واسترد منه إن كان باقياً ، وإن تلف في يد المدفوع إليه ، نظر ، إن دفعه إلى الراهن ، رجع المرتهن بكمال قيمته وإن زادت على حقه ، ليكون رهناً مكانه ، ويغرم من شاء من العدل والراهن ، والقرار على الراهن ، وان دفعه الى المرتهن ، ضمنا ، والقرار على المرتهن ، فان كان الدين حالاً وهو من جنس القيمة ، جاء الكلام في التقاص ، وان غصب المرتهن الرهن من يد العدل ، ضمن . فلو رده اليه برىء . وقيل : لا يبرأ إلا بالرد الى

المالك ، أو باذن جديد للعدل في أخذه ، والصحيح : الأول . وكذا الحكم لو غصب الوديعة من المودَع ، أو العين المستأجرة من المستأجر ، أو المرهونة من المرتهن ، ثم رد اليهم . ولو غصب اللقطة من الملتقط ، ثم رد اليه ، لم يبرأ . ولو غصب من المستعير أو المستام ، ثم رده اليه ، فوجهان ، لأنهما مأذونان من جهة المالك، لكنهما ضامنان .

فرع

لو اتفق المتراهنان على نقل الرهن الى يد عدل آخر ، جاز ، وان طلبه أحدهما، لا يجاب ،الا أن يتغير حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ ، أو تحدث بينه وبين أحدهما عداوة، ويطلب نقله ، فينقل الى آخر يتفقان عليه ، فان تشاحَّا ، وضعه الحاكم عند من يراه . ولو كان من وضعاه عنده فاسقاً في الابتداء ، فازداد فسقاً ، فهو كما لو حدث فسقه . وكذا لو مات وأراد أحدهما إخراجه من يد وارثه . ولو كان في يد المرتهن فتغير حاله ، أو مات ، كان الراهن نقله على الصحيح ، وفي وجه : لا تزال يد ورثته ، لكن اذا لم يرض بيدهم ، ضم القاضي اليهم مشرفا .

فرع

اذا ادعى العدل هلاك الرهن في يده ، أو رده ، فالقول قوله مع يمينه ، كالمودع. ولو أتلف الرهن عمداً ، أخذت منه القيمة ووضعت عند آخر . ولو أتلفه مخطئاً ، أو أتلفه غيره ، أخذت القيمة ووضعت عنده ، كذا قاله الأكثرون ، وذهب الامام إلى أنه لا بد من استحفاظ جديد . وقياسه ، أن يقال : لو كان في يد المرتهن، فأتلف وأخذ بدله ، كان الراهن أن لا يرضى بيده في البدل .

فصـــل

المرتهن يستحق بيـع المرهون عند الحاجة ، ويتقدم بثمنه على سائر الغرماء ،وإنما يبيعه الراهن أو وكيله باذن المرتهن . فلو لم يأذن المرتهن ، وأراد الراهن بيعه ، قال له القاضي: ائذن في بيعه وخذ حقك من ثمنه ، أو أبرئه . وإن طلب المرتهن بيعه ،وأبى الراهن ، ولم يقض الدين ، أجبره القاضي على قضائه ، أو البيـع ، إما بنفسه ، أو وكيله ،فان أصر، باعه الحاكم . ولو كان الراهن غائباً ، أثبت الحال عند الحاكم ليبيعه . فان لم يكن له بينة ، أو لم يكن في البلد حاكم ، فله بيعه بنفسه كمن ظفر بغير جنس حقهمن مال المديون وهو جاحد ولا بينة .

فرع

لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه بنفسه ، فباع في غيبة الراهن ، فوجهان . أحدهما : يصح البيع ، كما لو أذن له في بيع غيره . وأصحها : لا ، لأنه يبيعه لغرض نفسه ، فيتهم في الاستعجال وترك النظر . وإن باعه بحضوره ، صح على الصحيح، وهو ظاهر النص لعدم التهمة . وقيل : لا يصح ، لأنه توكيل فيما يتعلـق بحقه ،فعلى هذا ، لا يصح توكيله ببيعه أصلاً ، ويتفرع عليه ، أنه لو شرط ذلك في ابتـداء الرهن ، فان كان الرهن مشروطاً في بيع ، فالبيـع باطل . وإن كان رهن تبرع، فعلى القولين في الشرط الفاسد النافع للمرتهن أنه هل يبطل الرهن ؟ ولو قال للمرتهن: بع المرهون ، واستوف الثمن لي، ثم استوفه لنفسك ، صح البيـع ، والاستيفاء للراهن ، ولا يحصل الاستيفاء لنفسه بمجرد إدامة اليد والامساك ، فلا بد من وزن جديد، أو كيل جديد ، كما هو شأن القبض في المقدرات . ثم إذا استوفاه لنفسه بعد ذلك

بكيل أو وزن ، ففي صحته وجهان ذكرناهما في نظائرها في البيع ، لاتحاد القابض والمقبض . فان صححنا ، برئت ذمة الراهن من الدين ، والمستوفى من ضمانه . وإن أبطلنا وهو الأصح ، لم يبرأ الراهن ، ويدخل المستوفى في ضمانه ، لأن القبض الفاسد كالصحيح في اقتضاء الضمان .

قلت : دخوله في ضمانه ، يكون بعد قبضه لنفسه ، فأما قبله ، فهو في يده أمانة بلا خلاف . وكذا لو نوى إمساكه لنفسه من غير إحداث فعل ، فالأمانة مستمرة ، صرح به الامام ، والغزالي في « البسيط » وغيرهما . ولو قبضه لنفسه بفعل من غير وكيل ولا وزن ، دخل في ضمانه ، لأنه قبض فاسد ، فله في الضمان حكم الصحيح . والله أعلم

ولو كانت الصيغة : ثم أمسكه لنفسك ، فلا بد من إحداث فعل على الأصح. وعلى الثاني : يكفي مجرد الامساك . ولو قال : بعه لي واستوف الثمن لنفسك ، صح البيع ، ولم يصح استيفاء الثمن ، لأنه مالم يصح القبض المراهن ، لا يتصور القبض لنفسه ، وهنا بمجرد قبضه يصير مضموناً عليه . ولو قال : بعه لنفسك ، فقولان . أظهرهما : أن الاذن باطل ، ولا يتمكن من البيع ، لأنه لا يتصور أن يبيع الانسان مال غيره لنفسه . والثاني : يصح اكتفاءً بقوله : بعه ، وإلغاءً للباقي، ولأن السابق إلى الفهم منه ، الأمر بالبيع لغرضه بالتوصل إلى دينه . ولو أطلق وقال : بعه ، ولم يقل : لي ، ولا لنفسك ، فوجهان . أصحهما : صحة البيع ، كما لو قال لأجنبي : بعه . والثاني : المنع ، لعلتين . إحداهما : أن البيع مستحق للمرتهن، فكأنه قال : بعه لنفسك . والثانية : التهمة كما سبق . وعلى العلتين ، لو كان الثمن مؤجلاً وقال : بعه ، صح ، لانتفائهما . وإن قال : بعه واستوف حقك من ثمنه ، جاءت التهمة . وإن قدر له الثمن ، لم يصح البيع على العلة الأولى ، ويصح على الثانية، وكذا لو كان الراهن حاضراً عند البيع .

فرع

إذن الوارث لغرماء الميت في بيع التركة ، كاذن الراهن للمرتهن ، وكذا إذن السيد للمجني عليه في بيع الجاني .

فرع

إذا وضعا الرهن عند عدل ، وشرطا أن يبيعه عند المحل ، جاز ، وهل يشترط تجديد إذن الراهن ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأن الاصل بقاؤه . وأما المرتهن ، فقال العراقيون : يشترط مراجعته قطعاً ، لان البيع لايصاله حقه إذا طالب، فليستأذن، فربما أمهل ، وربما أبرأ . وعكسه الامام فقال: لا خلاف أنه لا يراجع ، لأن غرضه توفية الحق، بخلاف الراهن ، فانه قد يبقي العين لنفسه .

فرع

لو عزل الراهن العدل قبل البيع ، انعزل . ولو عزله المرتهن ، فوجهان . أصحها : لا ينعزل ، لأنه وكيل الراهن ، فانه المالك . والثاني : ينعزل،وهو ظاهر النص، كما لو عزله الراهن ، لأنه يتصرف لهما ، ولا خلاف أنه لو منعه من البيع ، لم يبع ،وكذا لو مات احدهما . وإذا قلنا :لا ينعزل بعزل المرتهن، فجدد له إذناً ، جاز البيع ، ولم يشترط تجديد توكيل الراهن . قال في « الوسيط » ومساق هذا ، أنه لو عزله الراهن ،ثم عاد فوكله ، اشترط إذن جديد من المرتهن ؛ ويلزم عليه أن يقال : لا يعتد باذن المرتهن قبل توكيل الراهن ، ولا باذن المرأة للوكيل قبل توكيل الولي إياه،والكل محتمل .

فرع

إذا باع العدل وأخذ الثمن ،فهو أمين،والثمن من ضمان الراهن إلى أن يتسلمه المرتهن . فلو تلف في يد العدل ،ثم خرج الرهن مستحقاً ،فالمشتري بالخيار بين أن يرجع بالثمن على العدل أو الراهن، والقرار على الراهن. ولو مات الراهن ، فأمر الحاكم العدل أو غيره ببيعه فباعه ، وتلف الثمن ثم خرج مستحقاً ، رجع المشتري في مال الراهن ،ولا يكون العدل طريقاً في الضمان على الأصح ، لأنه نائب الحاكم، والحاكم لا يضمن . والثاني : يكون كالوكيل والوصي . وإذا ادعى العدل تلف الثمن في يده ، قبل قوله مع يمينه . وإن ادعي تسليمه إلى المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه . فاذا حلف ، أخذ حقه من الراهن ، ورجع الراهن على العدل وإن كان قد أذن له في التسليم . ولو صدّقه الراهن في التسليم، فان كان أمره بالاشهاد ، ضمن العدل بلا خلاف،لتقصيره.وكذا إن لم يأمره به على الأصح، لتفريطه. فلو قال : أشهدت ومات شهودي، وصدقه الراهن، فلا ضمان . وإن كذبه ، فوجهان سنذكرهما مع نظائرهما في باب الضمان إن شاء الله تعالى .

فرع

لو باع العدل بدون ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به ، أو بثمن مؤجل ، أو بغير نقد البلد ، لم يصح . وقيل : يصح بالمؤجل، وهو غلط . ولو سلم المال إلى المشتري ، صار ضامناً . فان كان المبيع باقياً ، استرد،وجاز للعدل بيعه بالاذن السابق وإن صار مضموناً عليه . وإذا باعه وأخذ ثمنه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه، لأنه لم يتعد فيه.وإن كان تالفاً،فان باع بغير نقد البلد، أو بمؤجل، فالراهن بالخيار في تغريم

من شاء من العدل والمشتري كمال قيمته . وكذا إن باع بدون ثمن المثل على الأظهر. وعلى الثاني : إن غرم العدل،حط النقص الذي كان يحتمل في الابتداء للغبن المتاد. مثاله ، ثمن مثله عشرة ، ويتغابن فيه بدرهم ، فباعه بثمانية ، نغرمه تسعة ، ونأخذ الدرهم البـاقي من المشتري ، كذا نقلوه . وغالب الظن طرد هذا الخلاف في البيع بغير نقد البلد ، وفي المؤجل ، وإنمـا اتفق النص على القولين في الغبن ، لأنه [1] يخالف الأمرين الآخرين . ويدل عليه أن صاحب « التهذيب » في آخرين ، جعلوا كيفية تغريم الوكيل إذا باع على صفة من هذه الصفات ، وسلم المبيـع على هذا الخلاف ، وسوَّوا بين الصور الثلاث . ومعلوم أنه لا فرق بين العدل في الرهن وسائر الوكلاء .وعلى كل حال ، فالقرار على المشتري ،لحصول الهلاك عنده .

فرع

لو قال أحد المتراهنين : بعه بالدراهم ، وقال الآخر : بالدنانير ، لم يبـع بواحد منهما، فيرفعان الأمر إلى القاضي ليبيـع بنقد البلد ، ثم إن كان الحق من نقـــد البلد ، وإلا صرف نقد البلد إليه . فلو رأى الحاكم بيعه بجنس حق المرتهن ، جاز .

فرع

لو باع بثمن المثل ، فزاد راغب قبل التفرق ، فليفسخ البيع ، وليبعه له . فان لم يفعل ، فوجهان . أحدهما : لا ينفسخ البيع ،لأن الزيادة غير موثوق بها ،وأصحها: الانفساخ ، لأن المجلس كحال العقد . فعلى هذا ، لو بدا للراغب قبل التمكن من بيعه، فالبيـع الأول بحاله ، وإن كان بعده ، بطل ، فلا بد من بيع جديد . وفي وجه : إذا بدا له ، بان أن البيـع بحاله ، وهو ضعيف . ولو لم يفسخ العدل ، بل باع الراغب ،

(١) في مخطوطات الظاهرية : لا أنه .

ففي كونه فسخاً لذلك البيع ، ثم في صحته في نفسه ، خلاف سبق في البيع ، وأشار الامام إلى أن الوكيل لو باع ثم فسخ البيع ، هل يتمكن من البيع مرة أخرى ، فيه خلاف . والأمر بالبيع من الراغب هنا ، تفريع على أنه يتمكن . أو مفروض فيمن صرح له في الاذن بذلك . وأكثر هذه المسائل ، تطرد في جميع الوكالات.

قلت : قوله : فزاد راغب قبل التفرق ، فيه نقص ، وكان ينبغي أن يقول : قبل انقضاء الخيار ، ليعم خياري المجلس والشرط ، فان حكمهما في هذا سواء . صرح به صاحب « الشامل » وغيره . قال أصحابنا : ولو زاد الراغب بعد انقضاء الخيار ، لزم البيع، ولا أثر للزيادة ، لكن يستحب للعدل أن يستقيل المشتري ليبيعه بالزيادة للراغب، أو لهذا المشتري إن شاء . والله أعلم

فصل

مؤنة الرهن التي يبقى بها، كنفقة العبد وكسوته ، وعلف الدابة على الراهن. وفي معناها ، سقي الأشجار والكروم ، ومؤنة الجداد ، وتجفيف الثمار ، وأجرة الاصطبل، والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون إذا لم يتبرع به من هو في يده ، وأجرة من يرد الآبق ، وما أشبه ذلك . وحكى الامام والمتولي وجهين ، في أن هذه المؤن ، هل يجبر عليها الراهن حتى يقوم بها من خالص ماله ، أصحهما : الاجبار ، حفظاً للوثيقة. والثاني : عن الشيخ أبي محمد وغيره : لا يجبر ، بل يبيع القاضي جزءاً منه فيها بحسب الحاجة . وفرع الامام على هذا ، أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل، ألحق ذلك بما يفسد قبل الأجل ، فيباع ويجعل ثمنه رهناً ، وهذا ضعيف . وكذا أصله المفرع عليه . وإذا قلنا بالأصح فلم يكن للراهن شيء ، أو لم يكن حاضراً ، باع الحاكم جزءاً من المرهون ، واكترى به بيتاً يحفظ فيه الرهن ، كذا قاله الأصحاب.

وأما المؤنات الدائرة ، فيشبه أن يقال : حكمها حكم ما لو هرب الجمّال وترك الجمال المستأجرة ، أو عجز عن الانفاق عليها .

قلت : قال القاضي أبو الطيب : إن قال المرتهن : أنا أنفق عليه لأرجع في مال الراهن ، أذن له الحاكم . فان أنفق وأراد أن يكون رهناً بالنفقة والدين ، فهو كفدائه المرهون الجاني على أن يكون رهناً بالدين والفداء ، وقد نص على جوازه، وفيه طريقان تقدما . والمذهب : الصحة . فان أنفق بغير إذن الحاكم ، فان أمكنه الحاكم ، أو لم يمكّنه ، ولم يشهد ، فلا رجوع ، وإن أشهد ، فوجهان بناءً على هرب الجمّال. والله أعلم

فرع

لا يمنع الراهن مصلحة في المرهون، كفصده وحجامته ، وتوديج الدابة وبزغها[1] والمعالجة بالأدوية والمراهم ، لكن لا يجبر عليها ،بخلاف النفقة . وطرّد صاحب « التتمة » الوجهين في المداواة. ثم إن كانت المداواة مما يرجى نفعه ويؤمن ضرره ، فذاك ، وإن خيف وغلبت السلامة ، فهل للمرتهن منعه ؟ وجهان .

قلت : أصحهما: لا . والله أعلم

ويجريان في قطع اليد المتآكلة إذا كان في قطعها وتركها خطر . فان كان الخطر في الترك دون القطع ،فله القطع ،وليس له قطع سلعة[2] وأصبع لا خطر في تركها ، إذا خيف ضرر ، فان كان الغالب السلامة ، فعلى الخلاف .وله ختان العبد والأمة في وقت اعتدال الهواء ،إن كان يندمل قبل حلول الأجل ، لأنه ضروري ،والغالب منه السلامة .وإن لم يندمل ، وكان فيه نقص ، لم يجز . وكذا لو كان به عارض يخاف معه من الختان .

---

(١) التوديج في الدواب ، كالفصد في الناس . والبزغ : التشريط وإسالة الدم .

(٢) السلعة : خراج كهيئة الغدة تتحرك بالتحريك .

قلت : كذا أطلق أكثر الأصحاب ، أو كثيرون منهم ، جواز الختان من غير فرق بين الصغير والكبير ، وصرح المتولي والشيخ نصر ، بأنه لا فرق . وقال صاحب « المهذب » ومن تابعه : يمنع من ختان الكبير دون الصغير ، لخوف التلف. وهذا ظاهر نصه في « الأم » و « المختصر » ويؤيده ، أنهم عدّوا عدم الختان عيباً في الكبير، دون الصغير ، كما سبق . والله أعلم

فرع

له تأبير النخل المرهونة . ولو ازدحمت وقال أهل الخبرة : تحويلها أنفع ، جاز تحويلها ، وكذا لو رأوا قطع البعض لصلاح الأكثر. ثم ما يقطع منها أو يجف ، يبقى مرهوناً،بخلاف ما يحدث من السعف ويجف ،فانه غير مرهون، كالثمرة ، وما كان ظاهراً منها عند الرهن ، قال في « التتمة »:هو مرهون . وقال في « الشامل»: لا فرق .

قلت : قال القاضي أبو الطيب : وما يحصل من الليف ، والعراجين[1] والكرب، كالسعف . والكرب بفتح الكاف والراء : أصول السعف . والله أعلم

فرع

لا يمنع من رعي الماشية وقت الأمن ، وتأوي ليلاً إلى يد المرتهن أو العدل . ولو أراد الراهن أن يبعد في طلب النجعة ، وبالقرب ما يبلغ منها مبلغاً ، فللمرتهن المنع ، وإلا ، فلا منع ،وتأوي إلى يد عدل يتفقان عليه ، وإلا ، فينصبه الحاكم. وإن أراد المرتهن ذلك ،وليس بالقرب ما يكفي ،لم يمنع . وكذا لو أراد نقل المتاع

---

(١) العراجين ، جمع : عرجون ، وهو المذق عامة . وقيل : هو المذق إذا يبس واعوج .

من بيت غير محرز إلى محرز . ولو أراد الانتقال من مكانهما ، فان انتقلا الى أرض واحدة ، فذاك ، وإلا ، جعلت الماشية مع الراهن ، ويحتاط ليلاً كما سبق .

فصل

الرهن أمانة في يد المرتهن ، لا يسقط بتلفه شيء من الدين ،ولا يلزمه، ضمانه إلا إذا تعدّى فيه . وإذا برىء الراهن من الدين بأداءٍ أو إبراءٍ أو حوالة ، بقي الرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يصير مضموناً إلا إذا امتنع من الرد بعد المطالبة. وقال ابن الصباغ : ينبغي أن يكون المرتهن بعد الابراء ، كمن طيرت الريح ثوباً إلى داره ،فيعلم المرتهن به ، أو يرده ، لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة .

فرع

كل عقد اقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده . وما لا يقتضي صحيحه الضمان ، فكذا فاسده . أما الأول : فلأن الصحيح اذا أوجب الضمان ، فالفاسد أولي . وأما الثاني : فلأن إثبات اليد عليه باذن المالك ، ولم يلتزم بالعقد ضماناً .

فرع

لو أعار الراهن المرهون للمرتهن لينتفع به ، ضمنه المرتهن ، ولو رهنه أرضاً، وأذن له في غراسها بعد شهر ، فهي بعد الشهر عارية، غرس ، أم لا ؟ وقبله أمانة ،حتى لو غرس قبله قلع .

فرع

رهنه مالاً على أنه إذا حل الأجـل ، فهو مبيع له ، أو على أنه مبيـع له بعد شهر ، فالبيع والرهن باطلان ، ويكون المال أمانة في يده قبل دخول وقت البيع، وبعده مضمون ، لأن البيع عقد ضمـان . وفي وجه : إنما يصير مضموناً ، إذا أمسكه على سبيل الشراء . أما إذا أمسكه على موجَب الدين ، فلا ، والصحيح : الأول . فلو كان أرضاً ، فغرس فيها المرتهن ، أو بنى قبل وقت البيع ، قلع مجاناً ، وكذا لو غرس بعده عالماً بفساد البيع . وإن كان جاهلاً ، لم يقلع مجاناً ، لوقوعه باذن المالك وجهله التحريم ، فيكون حكمه كما لو غرس المستعير ورجع المعير .

فرع

إذا ادعى المرتهن تلف المرهون في يده ، قبل قوله مع يمينه . وإن ادعى رده إلى الراهن ، قال العراقيون : القول قول الراهن مع يمينه ، لأنه أخذه لمنفعة نفسه ، فأشبه المستعير ، بخلاف دعوى التلف ، فانه لا يتعلق بالاختيار ، فلا تساعده فيه البينة. قالوا : وكذا حـكم المستأجر إذا ادعى الرد ، ويقبل قول المودَع والوكيل بغير جُعل مع يمينهما ، لأنهما أمينان متمحضان . وفي الوكيل بجعل . والمضارِب والأجير المشترك ، إذا لم نضمنه ، ذكروا وجهين . أصحهما : يقبل قولهم مع اليمين ، لأنهم أخذوا العين لمنفعة المالك ، وانتفاعهم بالعمل في العين ، لا بالعين ، بخلاف المرتهن والمستأجر . وهذه الطريقة ، هي طريقة أكثر الأصحـاب ، لاسيما قدماؤهم ، وتابعهم الروياني . وقال بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم : كل أمين يصدق في دعوى الرد ، كالتلف. فقـد اتفقوا في الطرق ، على تصديق جميعهم في دعوى التلف . وفي عبارة الغزالي ما يقتضي خلافاً فيه ، وليس هو كذلك قطعاً .

فرع

لو رهن الغاصب المغصوب عند إنسان ، فتلف في يد المرتهن ، فللمالك تضمين الغاصب . وفي تضمينه المرتهن ، طريقان . قال العراقيون : فيه وجهان.

أحدهما : لا ، لأن يده يد أمانة . وأصحهما : يضمن ، لثبوت يده على ما لم يأتمنه مالكه عليه . فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يستقر الضمان عليه ، لحصول التلف عنده ، ونزول التلف منزلة الاتلاف في الغصب . وأصحها : يرجع على الغاصب لتغريره . والطريق الثاني : القطع بتضمينه وعدم الاستقرار ، قاله المراوزة ويجري الطريقان في المستأجر من الغاصب ، والمستودع ، والمضارب ، ووكيله في بيعه . وكل هذا إذا جهلوا الغصب ، فان علموا ، فهم غاصبون أيضاً ، والمستعير منه ، والمستام ، يطالبان ويستقر عليهما الضمان ، لأنها يد ضمان .

فرع

لو رهن بشرط كونه مضموناً على المرتهن ، فسد الشرط والرهن ، ولا يكون مضموناً عليه لما سبق .

فرع

قال : خذ هذا الكيس واستوف حقك منه ، فهو أمانة في يده قبل أن يستوفي منه ، فاذا استوفى ، كان مضموناً عليه . ولو كان فيه دراهم ، فقال : خذه بدراهمك، وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القدر ، أو كانت أكثر من دراهمه ، لم يملكه ،ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد . وإن كانت معلومة وبقدر حقه ، ملكه . ولو قال:

خذ هذا العبد بحقك ، ولم يكن سلَماً ، فقَبِل ، ملَكه . وإن لم يقبل وأخذه ، دخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد .

فصل

ليس للمرتهن في المرهون إلا حق الاستيثاق،وهو ممنوع من جميع التصرفات القولية والفعلية ، ومن الانتفاع . فلو وطىء المرهونة بغير إذن الراهن، فكوطء غيرها . فان ظنها زوجته أو أمته ، فلا حد،وعليه المهر ، والولد نسيب حر ، وعليه قيمته للراهن . وإن لم يظن ذلك ، ولم يدّع جهلاً ، فهو زانٍ يلزمه الحد، كما لو وطىء المستأجر المستأجرة ، ويجب المهر إن كانت مكرهة . وإن طاوعته ، فلا على الأصح . وإن ادعى الجهل بالتحريم ، لم يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام،أو نشأ في بادية بعيدة عن علماء المسلمين ، فيقبل، لدفع الحد . وحكى المسعودي في قبوله لثبوت النسب وحرية الولد والمهر ، خلافاً . والأصح : ثبوت الجميع ،لأن الشبهة كما تدفع الحدّ ، تثبت النسب والحرية . وإذا سقط الحد، وجب المهر . وإن وطىء باذن الراهن ، فان علم أنه حرام ، لزمه الحد على الصحيح . وإن ادّعى جهل التحريم ، فوجهان . أحدهما : لايقبل إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام ، أو في معناه . وأصحها : يقبل مطلقاً ،لأنه قد يخفى التحريم مع الاذن. وإذا سقط الحد ، سقط المهر إن كانت مطاوعة ، وإلا وجب على الأظهر،لسقوط الحد ، وقياساً على المفوضة في النكاح . والثاني : لا يجب ، لاذن مستحقه ، فأشبه زنا الحرة . فان أولدها بوطئه ، فالولد له نسيب حر ، وتجب قيمته على المذهب .

وقيل : فيه القولان في المهر ، ولا تصير الجارية أم ولد له في الحال . فان ملكها، فقولان ، أظهرهما : لا تصير .

فرع

زعم المرتهن بعد الوطء أن الراهن كان باعه إياها ، أو وهبها له ،وأقبضه، وأنكر الراهن ، فالقول قول الراهن مع يمينه . فان حلف ، فهي والولد رقيقان له. فان ملكها المرتهن ، فهي أم ولد له ، والولد حر لاقراره. فان نكل الراهن ، فحلف المرتهن ، فهي أم ولد، والولد حر .

فصل

فيما يتعلق به حق الوثيقة

وهي متعلقة بعين المرهون قطعاً . وأما غير العين ، فضربان .

أحدهما : بدل العين. فلو جني على المرهون ،وأخذ الأرش،انتقل الرهن إليه ، كما ينتقل الملك لقيامه مقام الأصل ، ويجعل في يد مَن كان الأصل في يده . وما دام الأرش في ذمة الجاني ، هل يحكم بأنه مرهون ؟ وجهان . أحدهما : لا ،لأن الدين لا يكون رهناً . فاذا تعين ، صار مرهوناً ، والحالة المتخللة ،كتخمر العصير وتخلله بعدُ . والثاني : نعم ،لأنه مال ، بخلاف الخمر ، وإنما يمتنع رهن الدين ابتداءً .

قلت : الثاني: أرجح ، وبالأول قطع المراوزة . والله أعلم

والخصم في بدل المرهون ، هو الراهن . فلو ترك الخصومة ، فهل يخاصم المرتهن؟ قولان . أظهرها عند الأصحاب : لا ، كذا قاله في « التهذيب » .

قلت : وقطع الامام، والغزالي، بأنه يخاصم . والله أعلم

وإذا خاصم الراهن ، فللمرتهن حضور خصومته ، لتعلق حقه بالمأخوذ . ثم إن أقر الجاني ، أو أقام الراهن بينة ، أو حلف بعد نكول المدّعى عليه ، ثبتت الجناية . وإن نكل الراهن ، فهل يحلف المرتهن ؟ قولان ، كغرماء المفلس إذا نكل .

فرع

إذا ثبتت الجناية ، فان كانت عمدا ، فللراهن أن يقبض ويبطل حق المرتهن. وإن عفا عن القصاص ، ثبت المال إن قلنا : مطلق العفو يقتضي المال ، وإلا ، لم يجب ، وهو الأصح ، كذا قاله في « التهذيب » . وإن عفا على أن لا مال ، فان قلنا: يوجب العمد أحد الأمرين ، لم يصح عفوه عن المال ، وإن قلنا : موجبه القود ، فان قلنا : العفو المطلق لا يوجب المال ، لم يجب شيء ، وإن قلنا : يوجبه ، فالأصح: أنه لا يجب أيضاً ، لأن القتل لم يوجبه ، وإنما يجب بعفوه ، وذلك نوع اكتساب ، ولا يجب عليه الاكتساب للمرتهن . وإن لم يقبض ولم يعف ، فقيل : يجبر على أحدهما . وقيل : إن قلنا : موجبه أحد الأمرين ، أجبر ، وإلا ، فلا، لأنه يملك إسقاطه ، فتأخيره أولى بأن يملكه .

قلت : ينبغي أن يقال : إن قلنا :إذا عفا على أن لا مال لا يصح ، أجبر ، وإلا ،فلا. والله أعلم

وإن كانت الجناية خطأ ، أو عفا ووجب المال ، فعفا عنه ، لم يصح عفوه على المشهور لحق المرتهن . وفي قولٍ العفو موقوف ، ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن،

فان انفك الرهن ، رد إلى الجاني ، وبان صحة العفو ، وإلا بان بطلانه . ولو أراد الراهن المصالحة عن الأرش الواجب على جنس آخر ، لم يصح إلا باذن المرتهن . وإذا أذن ، صح وكان المأخوذ مرهوناً ، كذا نقلوه . ولو أبرأ المرتهن الجاني ، لم يصح ، لكن لا يسقط حقه من الوثيقة على الأصح ، لأنه لم يصح الابراء ، فلا يصح ما تضمنه . كما لو وهب المرهون لرجل .

الضرب الثاني : زوائده ، فان كانت متصلة ، كسمن العبد ، وكبر الشجرة ، تبعت الأصل في الرهن . وإن كانت منفصلة ، كالثمرة ، والولد ، واللبن ، والبيض ، والصوف ، لم يسر إليها الرهن ، وكذا الأكساب والمهر ، وما أشبه ذلك مما يحدث بعد الرهن . ولو رهن حاملاً ، واحتيج إلى بيعها حاملا ، بيعت كذلك في الدين ، لأنا إن قلنا : الحمل يعلم ، فكأنه رهنها ، وإلا ، فقد رهنها والحمل محض صفة . ولو ولدت قبل البيع ، فهل الولد رهن ؟ قولان . إن قلنا : الحمل لا يعلم ، فلا ، وإلا ، فنعم . وقيل : قولان ، لضعف الرهن عن الاستتباع . فان قلنا : لا ، فقال في ابتداء العقد : رهنتها مع حملها ، لا يكون مرهوناً على الأصح . ولو جاز ذلك ، لجاز إفراده بالرهن . أما إذا حبلت بعد الرهن ، وكانت يوم البيع حاملاً ، فان قلنا : لا يعلم ، بيعت ، وهو كالسمن ، وإلا ، فلا يكون مرهوناً ، ويتعذر بيعها ، لأن استثناء الحمل متعذر ، ولا سبيل إلى بيعها حاملاً وتوزيع الثمن ، لأن الحمل لا تعرف قيمته .

فرع

لو رهن نخلة ، ثم أطلعت ، فطريقان . أحدهما : أن بيعها مع الطلع ، على القولين كالحمل . والثاني : القطع بأن الطلع غير مرهون . فعلى هذا يباع النخل ، ويستثنى

الطلع ، بخلاف الحامل . ولو كانت مطلعة وقت الرهن ، ففي دخول الطلع، على ما سبق في الباب الأول . فان أدخلناه،فكان وقت البيع طلعاً بعدُ ، بيع مع النخلة، وإن كانت قد أبّرت ، فطريقان .

أحدهما : على القولين ،كما لو ولدت الحامل . والثاني : القطع ببيعه مع النخلة، لأنه معلوم مشاهد وقت الرهن .

فرع

الاعتبار في مقارنة الولد الرهن وحدوثه ، وسائر الزوائد ، بحالة العقد على الصحيح . وقيل : بحالة القبض،لأن الرهن به يلزم .

فرع

أرش البكارة ، وأطراف العبد مرهون[١] لأنهما ليسا من الزوائد،بل بدل جزء .

فرع

ضرب رجل الجارية المرهونة ، فألقت جنيناً ميتاً ، لزم الضارب عشر قيمة الأم ، ولا يكون مرهوناً،لأنه بدل الولد ،فان دخلها نقص ، لم يجب بسببه شيء، ولكن قدر أرش النقص من العشر يكون رهناً ،فان ألقته حياً ومات ، ففيما يلزم الجاني ؟ قولان.أظهرهما: قيمة الجنين حياً ،وأرش نقصان الأم إن نقصت . فعلى هذا القيمة للراهن ، والارش مرهون. والثاني : أكثر الأمرين من أرش النقص ، وقيمة الجنين . فعلى هذا ، إن كان الارش أكثر ، فالمأخوذ رهن كله . وإن كانت القيمة

---

(١) في « شرح الوجيز » مرهونان .

أكثر ، فقدر الارش رهن . وأما البهيمة المرهونة ، إذا ضربت فألقت جنيناً ميتاً، فلا شيء على الضارب سوى أرش النقص إن نقصت،ويكون رهناً .

الطرف الثالث : في فك الرهن .

ينفك بأسباب . أحدها : فسخ المرتهن . والثاني : تلف المرهون بآفة سماوية. إذا جنى المرهون ، لم يبطل الرهن بمجرده ، بل الجناية ضربان .

أحدها : يتعلق بأجنبي ،فيقدم حق المجني عليه ، لأنه متعين في الرقبة. وحق المرتهن ثابت في الذمة . فان اقتص منه ، بطل الرهن. فان وجب مال ، فبيع فيه ، بطل أيضاً . حتى لو عاد الى ملك الراهن ، لم يكن رهناً . ولو كان الواجب دون قيمة العبد ، بيع بقدره ، والباقي رهن . فان تعذر بيع بعضه ، أو نقص بالتبعيض ، بيع كله ، وما فضل عن الارش يكون رهناً . ولو عفا عن الارش، أو فداه الراهن ، بقي رهناً. وكذا لو فداه المرتهن . ثم في رجوعه على الراهن، ما سبق في رهن أرض الخراج . هذا كله إذا جنى بغير إذن سيده . فان أمره السيد بها ، فان لم يكن مميزاً ، أو كان أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما يأمره به ، فالجاني هو السيد ، وعليه القصاص أو الضمان ، ولا يتعلق المال برقبة العبد على الأصح . فان قلنا : يتعلق ، فبيع في الجناية ، لزم السيد أن يرهن قيمته مكانه . وإذا جنى مثل هذا العبد ، فقال السيد : أنا أمرته بذلك ، لم يقبل قوله في حق المجني عليه ، بل يباع العبد فيها ، وعلى السيد القيمة ، لاقراره . وإن كان العبد مميزاً يعرف أنه لا يطاع السيد فيه ، بالغاً كان أو غير بالغ ، فهو كما لو لم يأذن السيد ، إلا أن السيد يأثم .

الضرب الثاني : أن يتعلق بالسيد ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا جنى على طرف سيده عمداً ، فله القصاص . فان اقتص ، بطل الرهن . وإن عفا على مال ، أو كانت الجناية خطأ ، فالصحيح: أنه لا يثبت المال ، لأن السيد

لا يثبت له على عبده مال ، فيبقى الرهن كما كان. وقال ابن سريج: يثبت للسيد المال ، ويتوصل به إلي فك الرهن .

الثانية : جنى على نفس السيد عمداً ، فللوارث القصاص . فان عفا على مال، أو كانت الجناية خطأ ، لم يثبت على الأظهر .

الثالثة : جنى على طرف من يرثه السيد ، كأبيه ، فله القصاص ، وله العفو على مال . ولو جنى خطأ ، ثبت المال . فان مات قبل الاستيفاء ، وورثه السيد ، فوجهان . أصحها عند الصيدلاني والامام : يسقط بمجرد انتقاله ، ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين ، كما لا يجوز ابتداؤه . والثاني وبه قطع العراقيون : لا يسقط، وله بيعه فيه كما كان للمورث .

الرابعة : جنى على نفس المورث عمداً ، فللسيد القصاص . فان عفا على مال، أو كانت خطأ ، بني على أن الدية تثبت للوارث ابتداءً ، أم يتلقاها عن المورث . إن قلنا بالأول ، لم يثبت ،وإلا ، فعلى الوجهين فيما إذا جنى على طرفه وانتقل اليه بالارث.

الخامسة : قتل عبد آخر للراهن ، نظر ، إن لم يكن المقتول مرهوناً ، فهو كما[لو] جنى على السيد.وحكم القن والمدبَّر وأم الولد سواء . وإن كان مرهوناً أيضاً ،فله حالان .

أحدهما : أن يكون مرهوناً عند غير المرتهن القاتل ، فان قتل عمداً ، فللسيد القصاص ، ويبطل الرهنان جميعاً . وإن عفا على مال ، أو قتل خطأ ،وجب المال متعلقاً برقبته لحق المرتهن القتيل . وإن عفا بلا مال ، فان قلنا : موجب العمد أحد الأمرين ، وجب المال ، ولم يصح العفو إلا برضى المرتهن . وإن قلنا : موجبه القود ، فان قلنا : العفو المطلق لا يوجب المال ، لم يجب شيء ، وإن قلنا : يوجبه ، فكذلك على الأصح ، وإن عفا مطلقاً ، فان قلنا : مطلق العفو يوجب المال ، ثبت كما لو عفا على مال . وإن قلنا : لا يوجبه ، صح العفو ،وبطل رهن مرتهن القتيل ،وبقي القاتل رهناً . وعفو المحجور عليه بالفلس ، كعفو الراهن ، لأن أموال المفلس والمرهون

سواء في الحجر . ثم متى وجب المال ، نظر ، إن كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها ، فوجهان . أحدهما : ينقل القاتل إلى يد مرتهن القتيل ، ولا يباع، لأنه لا فائدة فيه . وأصحهما : يباع ويجعل الثمن رهناً في يده ، لأن حقه في مالية العبد ، لا في عينه ، لأنه قد يرغب راغب بزيادة . وإن كان أقل من قيمة القاتل ، فعلى الوجه الأول : ينتقل من القاتل بقدر الواجب الى مرتهن القتيل . وعلى الثاني : يباع منه بقدر الواجب ، ويبقى الباقي رهناً . فان تعذر بيع البعض، أو نقص بالتبعيض ، بيع الجميع ، وجعل الزائد على الواجب عند مرتهن القاتل . وإنما يجيء الوجهان ، إذا طلب الراهن النقل ، ومرتهن القتيل البيع ، فأيهما يجاب ؟ فيه الوجهان . أما إذا طلب الراهن البيع، ومرتهن القتيل النقل ، فالمجاب الراهن ، لأنه لا حق للمرتهن المذكور في عينه . ولو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطريقين، فهو المسلوك قطعاً . ولو اتفق الراهن ومرتهن القتيل على النقل ، قال الامام: ليس لمرتهن القاتل المنازعة فيه ،وطلب البيع . ومقتضى التعليل السابق ، يتوقع راغب أنه له ذلك.

الحال الثاني : أن يكون مرهوناً عند مرتهن القاتل أيضاً . فان كان العبدان مرهونين بدين واحد ، فقد نقصت الوثيقة ولا جابر ، كما لو مات أحدهما. وإن كانا مرهونين بدينين ، نظر في الدينين ، أهما مختلفان حلولاً وتأجيلاً ، أم لا ؟ فان اختلفا ، فله التوثق لدين القتيل بالقاتل ، لأنه إن كان الحال دين المقتول ، ففائدته الاستيفاء من ثمنه في الحال. وإن كان دين القاتل ،فتحصل الوثيقة بالمؤجل، ويطالب بالحال. وكذا الحكم ، لو كانا مؤجلين ،وأحد الأجلين أطول . وإن اتفقا في الحلول والتأجيل ، نظر ، هل بينهما اختلاف قدر ، أم لا ؟ فان لم يكن كعشرة وعشرة ،فان كان العبدان مختلفي القيمة ،وقيمة القتيل أكثر ، لم تنقل الوثيقة . وإن كانت قيمة القاتل أكثر ، نقل منه قدر قيمة القتيل إلى دين القتيل ، وبقي الباقي رهناً بما كان . وإن كانا سواء في القيمة ، بقي القاتل رهناً بما كان ، ولا فائدة في

النقل . وإن اختلف قدر الدينين ، نظر ، إن تساوت قيمة العبدين ، أو كان القتيل أكثر قيمة ، فان كان المرهون بأكثر الدينين هو القتيل ، فله توثيقه بالقاتل . وإن كان المرهون بأقلها هو القتيل ، فلا فائدة في النقل . وإن كان القتيل أقلها قيمة، فان كان مرهوناً بأقل الدينين ، فلا فائدة في النقل . وإن كان بأكثرهما ، نقل من القاتل قدر قيمة القتيل إلى الدين الآخر . وحيث قلنا : تنقل الوثيقة ، فهل يباع ويقام ثمنه مقام القتيل ، أم يقام عينه مقامه ؟ فيه الوجهان السابقان .

فرع

هذا الذي ذكرناه من أقسام اختلاف الدينين،هو المعتبر فقط ،كذا قاله الأكثرون. فلو اختلف الدينان في الاستقرار وعدمه ،بأن كان أحدهما عوضَ ما يتوقع رده بالعيب ، أو صداقاً قبل الدخول ، فلا أثر له عند الجمهور . وحكى في « الشامل» عن أبي إسحاق المروزي أنه إن كان القاتل مرهوناً بالمستقر ، فلا فائدة في النقل. وإن كان مرهوناً بالآخر ، فوجهان . وكذا قول الغزالي في « الوسيط »: اختلاف جنس الدينين ، كاختلاف القدر ، فهو وإن كان متجهاً في المعنى ، فمخالف لنص الشافعي رضي الله عنه والأصحاب كلهم : أنه لا تأثير ، لاختلاف الجنس .

قلت : المراد باختلاف الجنس ، أن يكون أحدهما دنانير ، والآخر دراهم ، واستويا في المالية بحيث لو قوّم أحدهما بالآخر ، لم يزد ولم ينقص . والله أعلم

فرع

لو تساوى الدينان في الأوصاف ،وقلنا : الوثيقة لا تنقل ، فقال المرتهن : قد جنى فلا آمنه ، فبيعوه وضعُوا ثمنه رهناً مكانه ، هل يجاب ؟ وجهان .

فرع

لو جني على مكاتَب السيد ، فانتقل الحق إليه بموته أو عجزه ، فهو كالمنتقل من المورث.

السبب الثالث لانفكاك الرهن : براءة الذمة عن جميع الدين بالقضاء ، أو الابراء ، أو الحوالة ، أو الاقالة المسقطة للثمن المرهون به ، أو المسلم فيه المرهون به . ولو اعتاض عن الدين عيناً ، انفك الرهن ، لتحول الحق من الذمة إلى العين . ثم لو تلفت العين قبل التسليم ، بطل الاعتياض ، ويعود الرهن كما عاد الدين، ولا ينفك بالبراءة عن بعض الدين بعض الرهن ، كما أن حق الحبس يبقى ما بقي شيء من الثمن ، ولا يعتق شيء من المكاتب ما بقي شيء من المال . ولو رهن عبدين وسلم أحدهما ، كان المسلَّم مرهوناً بجميع الدين .

فرع

إنما يتصور انفكاك بعض المرهون بأحد أمور .

أحدها : تعدد العقد ، بأن رهن نصف العبد بعشرة ، ونصفه الآخر في صفقة أخرى .

الثاني : أن يتعدد مستحق الدين ، بأن رهنه عند رجلين صفقة واحدة ، ثم برئ من دين أحدهما بأداءٍ أو إبراءٍ ،انفك الرهن بقسط دينه . وفي وجه : إن اتحدت جهة دَينيهما ، بأن أتلف عليهما مالاً ، أو ابتاع منهما ، لم ينفك شيء بالبراءة عن أحدهما ، وإنما ينفك إذا اختلفت الجهة . والصحيح : الانفكاك مطلقاً .

الثالث : أن يتعدد مَن عليه الدين ، بأن رهن رجلان عند رجل، فاذا برئ أحدهما ، انفك نصيبه .

الرابع : إذا وكل رجلان رجلاً يرهن عبدهما عند زيد بدينه عليهما ، ثم قضى أحد الموكلين دينه ، فقيل: قولان . والمذهب : القطع بانفكاك نصيبه ، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده . قال الامام : لأن مدار الباب على اتحاد الدين وتعدده، ومتى تعدد المستحق أو المستحق عليه ، تعدد الدين . ويخالف هذا البيع والشراء ، حيث ذكرنا خلافاً في أن الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالمتبايعين ، أم بالوكيل؟ لأن الرهن ليس عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى المباشر .

الخامس : إذا استعار عبداً من مالكيه ليرهنه ، فرهنه ، ثم أدى نصف الدين، وقصد به الشيوع من غير تخصيص بحصة أحدهما ، لم ينفك من الرهن شيء . وإن قصد أداءً عن نصيب أحدهما بعينه لينفك نصيبه ، ففي انفكاكه أقوال . ثالثها : أنه إن علم المرتهن أن العبد لمالكين ، انفك ، وإلا ، فلا ، حكاه المحاملي وغيره . قال الامام : ولا نعلم لهذا وجهاً ، لأن عدم الانفكاك لاتحاد الدين والعاقدين ، ولا يختلف ذلك بالجهل والعلم ، وإنما أثر الجهل إثبات الخيار . ثم في عيون المسائل، ما يدل على أن الأظهر الانفكاك .

قلت : صرح صاحب « الحاوي » وغيره ، بأن الانفكاك أظهر . والله أعلم

ولو كان لرجلين عبدان متماثلا القيمة ، فاستعارهما المرهن ، فرهنهما ، ثم قضى نصف الدين لينفك أحدهما ، فالأصح طرد القولين . وقيل : ينفك قطعاً . وإذا قلنا بالانفكاك ، وكان الرهن مشروطاً في بيع ، فللمرتهن الخيار إذا جهل بأنه لمالكين على الأصح . وقيل : الأظهر . ولو استعار من رجلين ، ورهن عند رجلين ، كان نصيب كل واحد من المالكين مرهوناً عند الرجلين . فلو أراد فك نصيب أحدهما بقضاء نصف دين كل واحد من المرتهنين ، فعلى القولين . وإن أراد فك نصف العبد بقضاء دين أحدهما ، فله ذلك بلا خلاف . ولو استعار اثنان من واحد ، ورهنا

عند واحد، ثم قضى أحدهما ما عليه ، انفك النصف لتعدد العاقد ، هكذا نقلوه .

فرع

قال في « التهذيب » : لو استعار ليرهن عند واحد ، فرهن عند اثنين ،أو بالعكس، لم يجز . أما في الصورة الأولى ، فلعدم الاذن ، وأما العكس ، فلأنه إذا رهن عند اثنين ، ينفك بعض الرهن بأداء دين أحدهما ، وإذا رهن عند واحد،لا ينفك شيء إلا بأداء الجميع ، ونقل صاحب « التتمة » وغيره الجواز في الطرفين ، والأول أصح .

السادس : لو رهن عبداً بمائة ، ثم مات عن اثنين ، فقضى أحدهما حصته من الدين ، ففي انفكاك نصيبه قولان . أظهرهما : لا ينفك ، وقطع به جماعة ، لأن الرهن صدر أولا من واحد . ولو مات من عليه دين ،وتعلق الدين بتركته ، فقضى بعض الورثة نصيبه ، قال الامام : لا يبعد ان يخرج انفكاك نصيبه من التركة على قولين ، بناءً على أن أحد الورثة لو أقر بالدين ، وأنكر الباقون ، هل على المقر أداء جميع الدين من نصيبه من التركة ؟ وعلى هذا البناء ، فالأصح الانفكاك ، لأن الجديد : أنه لا يلزم أداء جميع الدين مما في يده من التركة . ثم الحكم بانفكاك نصيبه ، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعدد الملاك . فلو كان الموت مسبوقاً بالمرض ، كان التعلق سابقاً على ملك الورثة ، فان للدين أثراً بيناً في الحجر على المريض . فيشبه أن يكون القول في انفكاك نصيبه ، كما سبق في الصورة السابقة، ولا فرق بين أن يكون تعلق الدين بالتركة في هذه الصورة ، ثابتاً باقرار الوارث ، أو ببينة . وقد قيدها الغزالي ، بما إذا ثبت باقرار الوارث، وصورة المسألة غنية عن هذا القيد، ولم يذكره إمام الحرمين .

قلت : قول الامام الرافعي : الحكم بالانفكاك ، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق ... إلى آخره . هذا خلاف مقتضى إطلاق الامام ، والغزالي ، والظاهر أن المسألة على إطلاقها ، وليست هذه الصورة من الأولى في شيء ، لأن الأولى : في انفكاك نصيب الابن من العين التي رهنها الميت . والثانية :في فك نصيبه من تعلق التركة ،وليس للرهن في الثانية وجود ، ففي قول : ينفك تعلق الدين بنصيبه ، فينفذ تصرفه فيه . وفي قول: لا ينفك التعلق ، فلا ينفذ تصرفه في نصيبه إذا منعنا تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين . والله أعلم

فرع

إذا كان المرهون لمالكين ، وانفك نصيب أحدهما بأداءٍ أو إبراءٍ ،فأراد القسمة ، فان كان مما ينقسم بالاجزاء كالمكيل والموزون ، فله أن يقاس المرتهن باذن شريكه، نص عليه وإن كان مما لا ينقسم بالاجزاءِ كالثياب ، والعبيد ، قال العراقيون : لا يجاب إليه . وإن كان أرضاً مختلفة الأجزاء كالدار ، قالوا : لزم الشريك أن يوافقه ، وفي المرتهن ، وجهان . أصحها : له الامتناع لما في القسمة من التبعيض وقلة الرغبة، هذا ما ذكره العراقيون في طرقهم . وزاد آخرون ، منهم أصحاب القفال ، فقالوا: تجويز القسمة حيث جوزناه مبني على أن القسمة إفراز حق ، فان جعلناها بيعاً ،فهو بيع المرهون بغيره ، وهو ممتنع . والجمهور أطبقوا على تجويز القسمة هنا ، وجعلوا تأثير كونها بيعاً افتقارها إلى إذن المرتهن . ثم إذا جوزنا القسمة ، فطريق الطالب أن يراجع الشريك ، فان ساعد ، فذاك ، وإلا ، فيرفع الأمر إلى القاضي ليقسم. وفي وجه: لا حاجة إلى إذن الشريك في المتماثلات ، لأن قسمتها إجبار ، والصحيح الأول . ولو قاسم المرتهن وهو مأذون له من جهة المالك ،أو الحاكم عند امتناع

المالك ، جاز ، وإلا ، فلا . وإذا منعناها فرضي المرتهن ، فالمفهوم من كلام الجمهور صحتها . قال الامام : لا يصح وإن رضي، لأن رضاه إنما يؤثر في فك الرهن . فأما في بيعه بما ليس برهن ليصير رهناً ، فلا . وهذا إشكال قوي .

قلت : ليس بقوي لمن تأمله ، ولا يسلّم الحكم الذي ادّعاه ، فالمعتمد ما قاله الأصحاب . والله أعلم

ولو أراد الراهنان القسمة قبل انفكاك شيء من الرهن ، فعلى التفصيل الذي بيناه . ولو رهن واحد عند اثنين، وقضى نصيب أحدهما ، ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي رهناً ، ففي اشتراط رضى الذي بقي رهنه ما ذكرنا .

الباب الرابع
في الاختلاف

التنازع في الرهن يفرض في أمور .

الأول : أصل العقد . فاذا قال : رهنتني، فأنكر المالك ، أو رهنتني ثوبك، فقال : بل عبدي . أو بألفين، فقال : بل بألف . أو رهنتني الأرض بأشجارها، فقال : بل وحدها ، فالقول قول المالك مع يمينه . ولو قال : رهنتني الأشجار مع الأرض يوم رهن الأرض ، فقال : لم تكن هذه الأشجار أو بعضها يوم رهن الأرض ، بل أحدثتها بعدُ ، نظر ، فان كانت الأشجار بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن ، فالمرتهن كاذب ، والقول قول الراهن بلا يمين . وإن كانت بحيث لا يتصور حدوثها بعده ، فالراهن كاذب ، فان اعترف في مفاوضتها أنه رهن الأرض بما فيها ، كانت الأشجار مرهونة ، ولا حاجة إلى يمين المرتهن ، وإن زعم رهن الأرض وحدها ، أو ما سوى الأشجار المختلف فيها ، واقتصر على نفي الوجود،

فلا يلزم من كذبه في إنكار الوجود كونها مرهونة ، فيطالب بجواب دعوى الرهن. فان أصر على إنكار الوجود ، فقد جعل ناكلاً ، وردت اليمين على المرتهن . فان رجع إلى الاعتراف بالوجود ، وأنكر رهنها ، قبلنا إنكاره ، وحلف لجواز صدقه في نفي الرهن . وإن كان الشجر بحيث يحتمل الوجود يوم رهن الأرض، والحدوث بعده، فالقول قول الراهن . فاذا حلف ، فهي كالشجرة الحادثة بعد الرهن في القلع وسائر الأحكام ، وقد سبق بيانها . هذا كله تفريع على الاكتفاء منه بانكار الوجود ، وهو الصحيح . وفي وجه : لا بد من إنكار الرهن صريحاً . والحكم بتصديق الراهن في هذه الصورة ، مفروض فيما إذا كان اختلافهما في رهن تبرع. فان اختلفا في رهن مشروط في بيع ، تحالفا كسائر صفات البيع إذا اختلف فيها.

فصل

لو ادعى رجل على رجلين أنهما رهناه عبدهما بمائة ، وأقبضاه ، فأنكرا الرهن ، أو الرهن والدين جميعاً ، فالقول قولهما مع اليمين . وإن صدقه أحدهما ، فنصيبه رهن بخمسين ، والقول قول المكذب في نصيبه مع يمينه . فلو شهد المصدق للمدعي على شريك المكذب ، قبلت شهادته ، فان شهد معه آخر ، وحلف المدعي ، ثبت رهن الجميع . ولو زعم كل منهما أنه ما رهن نصيبه ، وأن شريكه رهن ، وشهد عليه، فوجهان . ويقال : قولان . أحدهما : لا تقبل شهادته ، لأن كل واحد يزعم أن صاحبه كاذب ظالم بالجحود . وطعن المشهود له في الشاهد ، يمنع قبول شهادته له . وأصحهما : تقبل ، وبه قال الأكثرون ، لأنه ربما نسيا . فان تعمدا ، فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق . ولهذا ، لو تخاصم رجلان في شيء ، ثم شهدا في حادثة ، قبلت شهادتهما وإن كان أحدهما كاذباً في ذلك التخاصم . فعلى هذا ، إذا حلف مع

كل واحد ، أو أقام شاهداً آخر ، ثبت رهن الجميع . وقال ابن القطان : الذي شهد أولاً يقبل ، دون الآخر ، لأنه انتهض خصماً منتقماً .

فرع

ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما وأقبضهما ، فإن صدقهما أو كذبهما ، لم يخف الحكم . وإن صدق أحدهما ، فنصف العبد رهن عنده، ويحلف الآخر . وهل تقبل شهادة المصدَّق للمكذَّب ؟ قال ابن كج : نعم .وقال الآخرون : لا . وحكى الامام والغزالي وجهين بناءً على أن الشريكين إذا ادعيا حقاً أو ملكاً بابتياع أو غيره ، فصدق أحدهما ، هل يستبد بالنصف ، أم يشاركه الآخر فيه ؟ فيه وجهان. إن قلنا: يستبد، قبلت ، وإلا ، فلا ، لأنه متهم . وقال البغوي : إن لم ينكر إلا الرهن ، قبل . وإن أنكر الرهن والدين، فحينئذٍ يفرق بين دعواهما الارث وغيره . والذي ينبغي أن يفتى به ، القبول إن كانت الحال لا تقتضي الشركة ،والمنع إن اقتضت، لأنه متهم .

فرع

منصوص عليه

ادعى زيد وعمرو على ابني بكر، أنهما رهنا عندهما عبدهما المشترك بينهما بمائة، فصدقا أحد المدعيين،ثبت ما ادعاه ،وكان له على كل واحد منهما ربع المائة،ونصف نصيب كل واحد منهما مرهون به . وإن صدق أحد الابنين زيداً، والآخر عمراً، ثبت الرهن في نصف العبد ، لكل واحد من المدعيين في ربعه بربع المائة . فلو شهد

أحد الاثنين على أخيه ، قبلت . ولو شهد أحد المدعيين للآخر ، فعلى ما ذكرناه في الصورة الثانية .

فرع
منصوص في المختصر

ادعى رجلان على رجل ، فقال كل واحد : رهنتني عبدك هذا وأقبضتنيه ، فان كذبهما ، فالقول قوله ، ويحلف لكل واحد يميناً . وإن كذب أحدهما ، وصدق الآخر ، قضي بالرهن للمصدق . وفي تحليفه للمكذب قولان . أظهرهما : لا . فان قلنا : يحلف ، فنكل ، فحلف المكذب يمين الرد ، ففيما يستفيد بها وجهان . أحدهما : يقضى له بالرهن وينزع من الأول . وأصحهما : يأخذ القيمة من المالك، ليكون رهناً عنده . وإن صدقهما جميعاً ، نظر ، فان لم يدعيا السبق ،أو ادعاه كل منهما ، وقال المدعى عليه : لا أعرف السابق ،وصدقاه ، فوجهان . أحدهما : يقسم بينهما ، كما لو تنازعا شيئاً في يد ثالث فاعترف لهما ، وأصحهما : يحكم ببطلان العقد ، كما لو زوج وليان ولم يعرف السابق . وإن ادعي كل واحد السبق ، وأن الراهن عالم بصدقه ، فالقول قوله مع يمينه . فان نكل ، ردت اليمين عليهما . فان حلف أحدهما ، قضي له . وإن حلفا، أو نكلا ، تعذر معرفة السابق ، وعاد الوجهان . وإن صدق أحدهما في السبق، وكذب الآخر ، قضي للمصدق . وهل يحلفه المكذب ؟ فيه القولان السابقان . وحيث قلنا : مقتضى الصدق ، فذلك إذا لم يكن العبد في يد المكذب . فان كان ، فقولان . أحدهما : يقضى لصاحب اليد. وأظهرهما: المصدق يقدم ، لأن اليد لا دلالة لها على الرهن . ولو كان العبد في أيديهما ،

فالمصدق مقدم في النصف الذي في يده، وفي النصف الآخر، القولان. والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض، لا العقد. حتى لو صدق هذا في سبق العقد، وهذا في سبق القبض، قدم الثاني.

قلت : ولو قال المدعى عليه : رهنته عند أحدكما، ونسيت، حلف على نفي العلم. فان نكل، ردت عليهما، فان حلفا، أو نكلا، انفسخ العقد على المذهب الذي قطع به الجماهير في الطرق، ونقله الامام وغيره عن الأصحاب. وخرج وجه: أنه لاينفسخ، بل يفسخه الحاكم، وبهذا الوجه قطع صاحب «الوسيط»، وهو شاذ ضعيف. وإن حلف الراهن على نفي العلم، تحالفا على الصحيح، كما لو نكل. وفي وجه : انتهت الخصومة. والله أعلم

فرع

دفع متاعاً إلى رجل، وأرسله إلى غيره ليستقرض منه للدافع ويرهن المتاع، ففعل، ثم اختلفا، فقال المرسل إليه : استقرض مائة ورهنه بها، وقال المرسل : لم آذن إلا في خمسين، نظر، إن صدق الرسول المرسل، فالمرسل إليه مدع على المرسل بالاذن، وعلى الرسول بالأخذ، فالقول قولهما في نفي دعواه. وإن صدق المرسل إليه، فالقول في نفي الزيادة قول المرسل، ولا يرجع المرسل إليه على الرسول بالزيادة إن صدقه في الدفع إلى المرسل، لأنه مظلوم بزعمه. وإن لم يصدقه، رجع عليه. هكذا ذكره، وفيه إشكال، وينبغي أن يرجع على الرسول وإن صدقه في الدفع إلى المرسل.

الأمر الثاني : القبض. فاذا تنازعا في قبض المرهون، فان كان في وقت النزاع في يد الراهن، فالقول قوله مع يمينه. وإن كان في يد المرتهن وقال :

قبضته عن الرهن ، وأنكر الراهن ، فقال : بل غصبتنيه ، فالقول قول الراهن على الصحيح . وقيل : قول المرتهن ،وهو شاذ ضعيف . وإن قال الراهن : بل قبضته عن جهة أخرى مأذون فيها ، بأن قال : أودعتكه ، أو أعرت ، أو أكريت ، أو أكريته لفلان فأكراكه ، فهل القول قول المرتهن ، لاتفاقهما على قبض مأذون فيه ، أو قول الراهن ، لأن الأصل عدم ما ادعاه ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، وهو المنصوص . ويجري مثل هذا التفصيل ، فيما إذا اختلف البائع والمشتري ، حيث كان للبائع حق الحبس ، وصادفنا المبيع في يد المشتري ، فادعى البائع أنه أعاره ، أو أودعه ، لكن الأصح هنا حصول القبض ، لقوة يده بالملك . وهذا تفريع على أنه لا يبطل حق الحبس بالاعارة والايداع ، وفيه خلاف سبق.

ولو صدقه الراهن في إذنه في القبض على جهة الرهن ، ولكن قال : رجعت قبل قبضك، فالقول قول المرتهن في عدم الرجوع ، لأن الأصل عدمه . ولو قال الراهن :لم يقبضه بعد ، وقال المرتهن قبضته ، فمن كان المرهون في يده منهما ، فالقول قوله باتفاق الأصحاب ، وعليه حملوا النصين المختلفين في « الأم » .

فرع

إقرار الراهن باقباض المرهون ، مقبول ملزم ، لكن بشرط الامكان . حتى لو قال : رهنته اليوم داري بالشام ، وأقبضته إياها وهما بمكة ، فهو لاغ . ولو قامت البينة على إقراره بالاقباض في موضع الامكان ، فقال : لم يكن إقراري عن حقيقة ، فحلفوه أنه قبض ، نظر ، إن ذكر لاقراره تأويلا ، بأن قال : كنت أقبضته بالقول،وظننت أنه يكفي قبضاً ، أو وقع إليّ كتاب على لسان وكيلي بأنه أقبض وكان مزوّراً ، أو قال : أشهدت على رسم القبالة قبل حقيقة القبض ، فله تحليفه . وإن لم يذكر تأويلاً ، فوجهان . أصحهما عند العراقيين : يحلّفه ،وبه قال

ابن خيران وغيره ، وهو ظاهر النص . وأصحهما عند المراوزة : لا، وبه قال أبو إسحاق .

قلت : طريقة العراقيين أفقه وأصح . والله أعلم

وقد حكى في « الوسيط » وجهاً : أنه لا يحلفه مطلقاً وإن ذكر تأويلا . وهذا الوجه غريب ضعيف مخالف لما قطع به الأصحاب. ولو لم يقم بينة على إقراره ، بل أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدعوى عليه ، فوجهان . قال القفال : لا يحلّفه وإن ذكر تأويلا ،لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلا عن تحقيق . وقال غيره: لا فرق، لشمول الامكان. ولو شهد الشهود على نفس القبض ، فليس له التحليف بحال ، وكذا لو شهدوا على إقراره ، فقال : ما أقررت ، لأنه تكذيب للشهود .

فرع

لو كان الرهن مشروطاً في بيع ، فقال المشتري : أقبضت،ثم تلف الرهن ، فلا خيار لك في البيع ، وأقام على إقراره بالقبض حجة ، فأراد المرتهن تحليفه ، فهو كما ذكرنا في إقرار الراهن، وطلب الراهن يمين المرتهن . ويقاس على هذا ما إذا قامت بينة باقراره لزيد بألف ،فقال : إنما أقررت وأشهدت ليقرضني ،ثم لم يقرضني ، وكذا سائر نظائرها .

الأمر الثالث : الجناية ، وهي ضربان .

الأول : جني على العبد المرهون، فأقر رجل أنه الجاني ، فان صدقه المتراهنان أو كذباه ، لم يخف حكمه . وإن صدقه الراهن فقط ، أخذ الأرش وفاز به ، فليس للمرتهن التوثق به . وإن صدقه المرتهن فقط ، أخذ الارش وكان مرهوناً .

فان قضى الدين من غيره ، أو أبرأه المرتهن ، فالأصح: أنه يرد الأرش إلى المقر . والثاني : يجعل في بيت المال ، لأنه مال ضائع لا يدّعيه أحد .

الضرب الثاني : جناية المرهون ،والنزاع في جنايته ،يقع تارة بعد لزوم الرهن، وتارة قبله .

الحال الأول : بعده ، فاذا أقر المرتهن بأنه جنى ، ووافقه العبد أم لا ، فالقول قول الراهن مع يمينه . وإذا بيع في دين المرتهن ، لم يلزمه تسليم الثمن إليه باقراره السابق . ولو أقر الراهن بجنايته ، وأنكر المرتهن ، فالقول قوله . وإذا بيع في الدين ، فلا شيء المقر له على الراهن . وحكى ابن كج وجهاً : أنه يقبل إقرار الراهن ، ويباع العبد في الجناية ، ويغرم الراهن للمرتهن .

الحال الثاني : تنازعا في جنايته قبل لزوم الرهن ، فأقر الراهن بأنه كان أتلف مالاً ، أو جنى جناية توجب المال ، فان لم يعين المجني عليه ، أو عينه فلم يصدقه، أو لم يدّع ذلك ، فالرهن مستمر بحاله . وإن عينه وادعاه المجني عليه ، نظر ، إن صدقه المرتهن ، بيع في الجناية ، والمرتهن بالخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع . وإن كذبه ، فقولان . أظهرهما : لا يقبل قول الراهن ، صيانة لحق المرتهن . والثاني: يقبل ،لأنه مالك . ويجري القولان فيما لو قال : كنت غصبته ، أو اشتريته شراءً فاسداً ، أو بعته ، أو وهبته وأقبضته وأعتقته . ولا حاجة في صورة العتق إلى تصديق العبد ودعواه ، بخلاف المقر له في باقي الصور . وفي الاقرار بالعتق قول ثالث : أنه إن كان موسراً ، نفذ ، وإلا ، فلا ، كالاعتاق . ونقل الامام هذا القول في جميع هذه الصور . فان قلنا : لا يقبل إقرار الراهن ، فالقول في بقاء الرهن قول المرتهن مع يمينه ، ويحلف على نفي العلم بالجناية . وإذا حلف واستمر الرهن ، فهل يغرم الراهن للمجني عليه ؟ قولان . قال الأئمة . أظهرهما : يغرم كما لو قتله ، لأنه حال بينه وبين حقه، وهما كالقولين فيمن أقر بالدار لزيد ، ثم لعمرو ،

هل يغرم لعمرو ؟ ويعبر عنها بقولي الغرم للحيلولة ، لأنه باقراره الأول حـــال بين مَن أقر له ثانياً وبين حقه . فان قلنا : يغرم،طولب في الحال إن كان موسراً. وإن كان معسراً ، فاذا أيسر. وفيما يغرم للمجني عليه ؟ طريقان . أحدهما : على قولين. أظهرهما : الأقل من قيمته وأرش الجناية . وثانيهما : الارش بالغاً ما بلغ. والطريق الثاني وهو المذهب وبه قال الأكثرون : يغرم الأقل قطعاً، كأم الولد،لامتناع البيع، بخلاف القن . وإذا قلنا : لا يغرم الراهن ، فان بيـع في الدين ، فلا شيء عليه. لكن لو ملكه،لزمه تسليمه في الجناية ، وكذا لو انفك رهنه. هذا كله إذا حلف المرتهن ، فان نكل ، فعلى من ترد اليمين ؟ قولان . ويقال : وجهان . أحدهما : على الراهن ، لأنه مالك العبد ،والخصومة تجري بينه وبين المرتهن . وأظهرهما: على المجني عليه ، لأن الحق له، والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً . فاذا حلف المردود عليه منهما ، بيع العبد في الجناية ، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه ، لأن فواته حصل بنكوله . ثم إن كان يستغرق الواجب قيمته ، بيع كله ، وإلا فبقدر الأرش . وهل يكون الباقي رهناً ؟ وجهان . أصحهما : لا،لأن اليمين المردودة كالبينة ، أو كالاقرار بأنه كان جانياً في الابتداء ، فلا يصح رهن شيء منه . وإذا رددنا على الراهن ،فنكل ، فهل يرد على المجني عليه ؟ قولان . ويقال : وجهان .أحدهما: نعم ، لأن الحق له . وأصحهما : لا ، لأن اليمين لاترد مرة بعد أخرى . فعلى هذا، نكول الراهن كحلف المرتهن في تقرير الرهن . وهل يغرم الراهن للمجني عليه ؟ فيه القولان . وإن رددناه على المجني عليه فنكل ، قال الشيخ أبو محمد : تسقط دعواه ،وانتهت الخصومة . وطرد العراقيون في الرد منه على الراهن الخلاف المذكور في عكسه . وإذا لم ترد ، لا يغرم له الراهن ،قولاً واحداً ، وتحال الحيلولة على نكوله ، هذا تمام التفريع على أحد القولين في أصل المسألة ، وهو أن الراهن لا يقبل إقراره . فان قبلناه ، فهل يحلف ، أم يقبل بلا يمين ؟ قولان ، أو وجهان. أحدهما :

لا يحلف ، لأن اليمين للزجر ليرجع الكاذب. وهنا لا يقبل رجوعه . وأصحها عند الشيخ أبي حامد ومن وافقه: يحلف لحق المرتهن ، ويحلف على البت . وسواء حلّفناه ، أم لا ، فيباع العبد في الجناية كلّه أو بعضه على ما سبق، وللمرتهن الخيار في فسخ البيع. وإن نكل ، حلف المرتهن ، لأنا إنما حلّفنا الراهن لحقه. وفي فائدة حلفه قولان حكاهما الصيدلاني وغيره . أظهرهما : أن فائدته : تقدير الرهن في العبد على ماهو قياس الخصومات . والثاني: فائدته : أن يغرم الراهن قيمته ، ليكون رهناً مكانه ، ويباع العبد في الجناية باقرار الراهن . فان قلنا بالأول ، فهل يغرم الراهن للمقرّ له لكونه حال بنكوله بينه وبين حقه ؟ فيه القولان السابقان. وإن قلنا بالثاني ، فهل للمرتهن الخيار في فسخ البيع ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لفوات العين المشروطة . والثاني : لا ، لحصول الوثيقة بالقيمة. وإن نكل المرتهن ، بيع العبد في الجناية ، ولا خيار له في فسخ البيع ، ولا غرم على الراهن . وجميع ما ذكرناه مبني على أن رهن الجاني لا يصح ، فان صححناه ، فقيل : يقبل إقراره قطعاً ، فيغرم المجني عليه ، ويستمر الرهن . وقال آخرون : بطرد القولين . ووجه المنع : أنه يخل بلزوم الرهن ، لأن المجني عليه يبيع المرهون لو عجز عن تغريم الراهن .

فرع

لو أقر السيد عليه بجناية توجب القصاص ، لم يقبل إقراره على العبد ، فلو قال، ثم عفا على مال ، فهو كما لو أقر بما يوجب المال .

فرع

لو أقر بالعتق وقلنا : لا يقبل ، فالمذهب والمنصوص : أنه يجعل كانشاء الاعتاق.

وفيه الأقوال ، لأن من ملك إنشاء أمر ، قبل إقراره به . ونقل الامام في نفوذه وجهين ، مع قولنا : ينفذ الانشاء .

فرع

رهن الجارية الموطوءة جائز ، ولا يمنع من التصرف ، لاحتمال الحمل . فاذا رهن جارية ، فأتت بولد ، فان كان الانفصال لدون ستة أشهر من الوطء ، أو لأكثر من أربع سنين ، فالرهن بحاله ، والولد مملوك له ، لأنه لا يلحق به . وإن كان لستة أشهر فأكثر إلى أربع سنين ، فقال الراهن : هذا الولد مني ، وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن ، فان صدقه المرتهن ، أو قامت بينة ، فهي أم ولد له ، والرهن باطل ، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه رهنها . وإن كذبه ولا بينة ، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاد ، قولان ، كاقراره بالعتق ونظائره ، والتفريع كما سبق . وعلى كل حال ، فالولد حر ثابت النسب عند الامكان . ولو لم يصادف ولداً في الحال ، وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن ، ففيه التفصيل السابق والخلاف ، وحيث قلنا : يحلف المجني عليه ، تحلف المستولدة ، فانها في مرتبته ، وفي العتق يحلف العبد .

قلت : ولو أقر بأنه استولدها بعد لزوم الرهن ، فان لم ينفذ استيلاده ، لم يقبل إقراره ، وإلا ، ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعتق ، أصحها : يقبل .

والله أعلم

فرع

لو باع عبداً ، ثم أقر بأنه كان غصبه ، أو باعه ، أو اشتراه شراءً فاسداً ، لم يقبل قوله ، لأنه أقر في ملك الغير ، وهو مردود ظاهراً ، ويخالف إقرار الراهن ،

فانه في ملكه . وقيل بطرد الخلاف ، والمذهب : الأول . وعلى هـذا ، فالقول قول المشتري . فان نكل ، فهل الرد على المدعي ، أم على المقر البائع ؟ قولان . ولو أجَّر عبداً ، ثم قال : كنت بعته ، أو أجرته ، أو أعتقته ، ففيه الخلاف المذكور في الرهن ، كبقاء الملك . ولو كاتبه ، ثم أقر بما لا يصح معه كتابة ، قال ابن كج : فيه الخلاف. وقطع الشيخ أبو حامد بأنه لا يقبل ، لأن المكاتب كمن زال ملكه عنه .

الأمر الرابع : ما يفك به الرهن . فاذا أذن المرتهن في بيع الرهن ، فباع الراهن ، ورجع المرتهن عن الاذن ، ثم اختلفا ، فقال : رجعت قبل البيع ، فلم يصح ، وبقي رهناً كما كان ، وقال الراهن : بل رجعت بعده ، فالقول قول المرتهن على الأصح عند الأكثرين ، وقيل : قول الراهن . وقال في « التهذيب » : إن قال الراهن أولاً : تصرفت باذنك ، ثم قال المرتهن : كنت رجعت قبله ، فالقول قول الراهن . وإن قال : رجعت ، ثم قال الراهن : كنت بعت قبل رجوعك ، فالقول قول المرتهن . ولو أنكر الراهن أصل الرجوع ، فالقول قوله مع يمينه .

فصل

عليه دينان ، أحدهما حالٌ ، وبه رهن ، أو كفيل ، أو هو ثمن مبيع محبوس به ، فسلم إليه ألفاً ، وقال : أعطيتك عنه ، وقال القابض : بل عن الدين الآخر ، فالقول قول الدافع ، سواء اختلفا في نيته أو لفظه . قال الأئمة : فالاعتبار في أداء الدين بقصد المؤدّي . حتى لو ظن المستحق أنه يودعه عنده ، ونوي مَن عليه الدين أداء الدين ، برئت ذمته ، وصار المدفوع ملكاً للقابض .

فرع

كان عليه دينان ، فأدى عن أحدهما بعينه ، وقع عنه . وإن ادعي عنهما ، قسط

عليها . وإن لم يقصد في الحال شيئاً ، فوجهان . أصحهما : يراجع ، فيصرفه إليهما أو إلى ما شاء منهما . والثاني : يقع عنهما . وعلى هذا تردد الصيدلاني في حكايته، أنه يوزع عليهما بالتسوية ، أم بالتقسيط ؟ وعلى هـذا القياس نظائر المسألة ، كما إذا تبايع مشركان درهماً بدرهمين ، وسلم الزيادة من التزمها ، ثم أسلما ، فان قصد تسليمه عن الزيادة ، لزمه الأصل ، وإن قصد تسليمه عن الأصل فلا شيء عليه . وإن قصد تسليمه عنهما ، وزّع عليهما ، وسقط ما بقي من الزيادة . وإن لم يقصد شيئاً ، ففيه الوجهان . ولو كان لزيد عليه مائة ، ولعمرو مثلها ، فوكلا وكيلاً بالاستيفاء ، فدفع المديون إلى الوكيل لزيد أو لعمرو ، فذاك ، وإن أطلق ، فعلى الوجهين . ولو قال : خـذه وادفعه إلى فلان ، أو إليهما ، فهذا توكيل منه بالأداء ، وله التغيير ما لم يصل إلى المستحق.

قلت : هذا الذي ذكره ، اقتصار على الأصح . فقد قال إمام الحرمين : إذا قال مَن عليه الدين لهذا الوكيل : خذ الألف وادفعه إلى فلان ، فوجهان . أفقههما أنه بالقبض ينعزل عن وكالة المستحق ، وصار وكيلاً للمديون . والثاني : يبقى وكيلاً للأول . فعلى هذا ، لو تلف في يد الوكيل بغير تقصير ، فمن ضمان صاحب الدين وقد برىء الدافع . وعلى الأول : هو من ضمان الدافع ، والدين باقٍ عليه . وإن قصر الوكيل ، فعليه الضمان . وأيهما يطالبه ؟ فيه الوجهان . قال الامام : ولا يشترط في جريان الوجهين قبول الوكيل صريحاً بالقول ، بل مجرد قوله : ادفع إلى فلان ، فيه الوجهان . والله أعلم

ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن مائة ، وكل واحد منهما مائة ، فان قصدهما أو أحدهما ، فهو لما قصد . وإن أطلق ، فعلى الوجهين . وإن اختلفا فقال المبرىء: أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن والكفيل ، فقال المديون : بل عن الآخر ، فالقول قول المبرىء مع يمينه .

فصل

اختلفا في قِدَم عيب المرهون وحدوثه ، فقد سبق بيانه في « كتاب البيع » .
ولو رهنه عصيراً ،ثم بعد قبضه اختلفا ، فقال المرتهن : قبضته وقد تخمر ، فلي الخيار
في فسخ البيع المشروط ،وقال الراهن : بل صار عندك خمراً ، فالأظهر: أن القول
قول الراهن ، لأن الأصل بقاء لزوم البيع . والثاني : قول المرتهن،لأن الأصل
عدم قبض صحيح . ولو زعم المرتهن أنه كان خمراً يوم العقد ، وكان شرطه في
البيع شرط رهن فاسد ، فقيل بطرد القولين . وقيل : القول قول المرتهن
قطعاً . ولو سلم العبد المشروط رهنه ملتفاً بثوب ، ثم وجد ميتاً، فقال الراهن :
مات عندك ، فقال : بل أعطيتنيه ميتاً ، فأيهما يقبل ؟ فيه القولان . ولو اشترى
مائعاً ، وجاء بظرف فصبه البائع فيه ، فوجدت فيه فأرة ميتة ،فقال البائع: كانت في
ظرفك ، وقال المشتري :قبضته وفيه الفأرة، ففيمن يصدق؟القولان. ولو زعم المشتري
كونها فيه حال البيع ، فهذا اختلاف في جريان العقد صحيحاً، أم فاسداً ؟ وقد
سبق بيانه .

فصل

ليس للراهن أن يقول: أحضر المرهون وأنا أقضي دينك من مالي ، [بل]لا يلزمه
الاحضار بعد قضائه ، وإنما عليه التمكين كالمودع . والاحضار ، وما يحتاج إليه
من مؤنة على رب المال. ولو احتيج إلى بيعه في الدين ، فمؤنة الاحضار على الراهن.
قلت : قال صاحب « العدة » : إذا رهن شيئاً ولم يشرط جعله في يد عدل،
أو المرتهن ، فان كان جارية ، صح قطعاً ،وكذا غيرها على الصحيح. والفرق أنها
[لا تكون في يد المرتهن ، وغيرها قد يكون ، فيتنازعان . قال أصحابنا : لو كان

بالمرهون عيب، ولم يعلم به المرتهن حتى مات ، أو حدث به عيب في يده ، لم يكن له فسخ البيع المشروط فيه ، كما لو جرى ذلك في يد المشتري ، وليس له أن يطالب بالارش ليكون مرهوناً ، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . قال القاضي : ولو رهن عبدين ، وسلم أحدهما فمات في يد المرتهن ، وامتنع الراهن من تسليم الآخر ، لم يكن له خيار في فسخ البيع ، لأنه لم يمكنه رده على حاله . والله أعلم

★ ★ ★

كتاب التَّفْليس

التفليس في اللغة : النداء على المفلس، وشهره بصفة الافلاس . وأما في الشرع ، فقال الأئمة : المفلس : مَن عليه ديون لا يفي بها ماله . ومثل هذا الشخص يحجر عليه القاضي بالشرائط التي سنذكرها إن شاء الله تعالى . وإذا حجر عليه ، ثبت حكمان . أحدهما: تعلق الدين بماله حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر بالغرماء ، ولا تزاحمها الديون الحادثة ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى . والثاني : أن مَن وَجد عند المفلس عين ماله، كان أحق به من غيره . فلو مات مفلساً قبل الحجر عليه ، تعلقت الديون بتركته كما سبق في الرهن . ولا فرق في ذلك بين المفلس وغيره ، ولكن يثبت الحكم الثاني، ويكون موته مفلساً كالحجر عليه . ولو كان مال الميت وافياً بديونه ، فالصحيح : أنه لا يرجع في عين المبيع ، كما في حال الحياة ،لتيسر الثمن . وقال الاصطخري : يرجع.

واعلم أن التعلق المانع من التصرف ، يفتقر إلى حجر القاضي عليه قطعاً . وكذا الرجوع إلى عين المبيع . هذا هو الذي يدل عليه كلام الأصحاب تعريضاً وتصريحاً . وقد يشعر بعض كلامهم بالاستغناء فيه عن حجر القاضي ، ولكن المعتمد الأول .

فصل

يحجر القاضي على المفلس بالتماس الغرماء الحجر عليه بالديون الحالّة الزائدة على قدر ماله ، فهذه قيود .

الأول : الالتماس ، فلا بد منه . فليس للقاضي الحجر بغير التماس ، لأن الحق لهم . فلو

كانت الديون لمجانين ، أو صبيان ، أو محجور عليه بسفه ، حجر لمصلحتهم بلا التماس ، ولا يحجر لدين الغائبين ، لأنه لا يستوفي مالهم في الذمم ، إنما يحفظ أعيان أموالهم.

قلت : وإذا وجد الالتماس مع باقي الشروط المجوِّزة للحجر ، وجب على الحاكم الحجر ، صرح به أصحابنا كالقاضي أبي الطيب ، وأصحاب « الحاوي » و « الشامل » و « البسيط » وآخرين . وإنما نبهت عليه ، لأن عبارة كثيرين من أصحابنا : «فللقاضي الحجر »، وليس مرادهم أنه مخير فيه . والله أعلم

القيد الثاني : كون الالتماس من الغرماء ، فلو التمس بعضهم ودَينه قدر يجوز الحجر به ، حجر ، وإلا ، فلا ، على الأصح . وإذا حجر ، لا يختص أثره بالملتمس، بل يعمهم كلهم.

قلت : أطلق أبو الطيب وأصحاب « الحاوي » و « التتمة » و « التهذيب » : أنه إذا عجز ماله عن ديونه ، فطلب الحجر بعض الغرماء ، حجر ، ولم يعتبروا قدر دين الطالب ، وهذا قويّ. والله أعلم

ولو لم يلتمس أحد عنهم ، والتمسه المفلس ، حجر على الأصح ، لأن له غرضا .

القيد الثالث : كون الدين حالاً ، فلا حجر بالمؤجل وإن لم يف المال به ، لأنه لا مطالبة في الحال . فان كان بعضه حالاً ، فان كان قدراً يجوز الحجر له [حجر] وإلا ، فلا.

فرع

إذا حجر عليه بالفلس ، لا يحل ما عليه من الدين المؤجل على المشهور ، لأن الأجل حق مقصود له ، فلا يفوت . وفي قول : يحل كالموت. فعلى هذا القول ، لو لم يكن عليه إلا مؤجل ، هل يحجر عليه ؟ وجهان . الصحيح : لا . ولو جن وعليه مؤجل،

حل على المشهور . فان قلنا بالحلول ، قسم المال بين أصحاب هذه الديون . وأصحاب الحالة من الابتداء ، كما لو مات . وإن كان في المؤجل ثمن متاع موجود عند المفلس ، فلبائعه الرجوع إلى عينه ، كما لو كان حالاً في الابتداء . وفي وجه: أن فائدة الحلول ، أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائعه ، فيحفظه إلى مضي المدة. فان وجد وفاءً ،فذاك ، وإلا فحينئذٍ ينفسخ . وقيل : لا فسخ حينئذٍ أيضاً . بل لو باع بمؤجل وحل الأجل ، ثم أفلس المشتري وحجر عليه ؛ فليس للبائع الفسخ والرجوع . والأول : أصح . وإن قلنا بعدم الحلول ، بيع ماله، وقسم على أصحاب الحال ، ولا يدخر لأصحاب المؤجل شيء ، ولا يدام الحجر عليه بعد القسمة لأصحاب المؤجل ، كما لا يحجر به ابتداءً . وهل تدخل في البيع الأمتعة المشتراة بمؤجل ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، كسائر أمواله ، وليس لبائعها تعلق بها ، لأنه لا مطالبة في الحال على هذا . فان لم يتفق بيعها وقسمتها حتى حل الأجل ، ففي جواز الفسخ الآن وجهان .

قلت : أصحها : الجواز، قاله في « الوجيز ». **والله أعلم**

والوجه الثاني : لا تباع ،فانها كالمرهونة بحقوق بائعها ، بل توقف إلى انقضاء الأجل ،فان انقضى والحجر باقٍ ،ثبت حق الفسخ .وإن فك ، فكذلك ،ولا حاجة إلى إعادة الحجر على الصحيح ، بل عزلها وانتظار الأجل كبقاء الحجر بالاضافة إلى المبيع .

القيد الرابع : كون الديون زائدة على أمواله . فلو كانت مساوية والرجل كسوب ينفق من كسبه ، فلا حجر . وإن ظهرت أمارات الافلاس ، بأن لم يكن كسوباً ، وكان ينفق من ماله ، أو لم يف كسبه بنفقته ، فوجهان . أصحها عند العراقيين : لا حجر ، واختار الامام الحجر . ويجري الوجهان ، فيما إذا كانت

الديون أقل ، وكانت بحيث يغلب على الظن مصيرها إلى النقص أو المساواة ، لكثرة النفقة . وهذه الصورة أولى بالمنع . وإذا حجر عليه في صورة المساواة ، فهل لمن وجد عين ماله الرجوع ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لاطلاق الحديث . والثاني:لا ، لتمكنه من استيفاء الثمن بكماله . وهل تدخل هذه الاعيان في حساب أمواله ، وأثمانها في حساب ديونه ؟ وجهان . أصحهما : الادخال .

فصل

وإذا حجر عليه ، استحب للحاكم أن يشهد عليه ، ليحذر الناس معاملته . وإذا حجر ، امتنع منه كل تصرف مبتدإ يصادف المال الموجود عند الحجر ، فهذه قيود.

الأول : كون التصرف مصادفاً للمال. والتصرف ضربان . إنشاء ، وإقرار . الأول : الانشاء ، وهو قسمان . أحدهما : يصادف المال ، وينقسم إلى تحصيل ، كالاحتطاب والاتهاب ، وقبول الوصية ، ولا منع منه قطعاً ، لأنه كامل الحال . وغرض الحجر : منعه مما يضر الغرماء . وإلى تفويت ، فينظر ، إن تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية ، صح ، فان فضل المال ، نفذ ، وإلا ، فلا . وإن كان غير ذلك ، فاما أن يكون مورده عين مال ، وإما في الذمة ، فهما نوعان . الأول: كالبيع ، والهبة ، والرهن ، والاعتاق ، والكتابة ، وفيها قولان . أحدهما: أنها موقوفة ،إن فضل ما يصرف فيه عن الدين لارتفاع القيمة ، أو إبراء ،نفذناه ، وإلا ، فتبين أنه كان لغوا . وأظهرهما : لا يصح شيء منها،لتعلق حق الغرماء بالاعيان ، كالرهن .ثم اختلف في محل القولين ، فقيل : هما فيما إذا اقتصر الحاكم على الحجر ، ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه . فان جعل ذلك ، لم ينفذ تصرفه قطعاً ، واحتج هؤلاء بقول الشافعي رضي الله عنه : إذا جعل ماله لغرمائه ، فلا

زكاة عليه وطرّدها آخرون في الحالين ، وهو الأشهر . قال هؤلاء : وتجب الزكاة على الأظهر ما دام ملكه باقياً ، والنص محمول على ما إذا باعه لهم . فان نفذناه بعد الحجر،وجب تأخير ما تصرف فيه ، وقضاء الدين من غيره ، فلعله يفضل،فان لم يفضل، نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف ، والأضعف الرهن والهبة ، لخلوهما عن العوض ، ثم البيع ، ثم الكتابة ، ثم العتق ، قال الامام : فلو لم يوجد راغب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق ، فقال الغرماء : بيعُوه ونجزّوا حقنا ، ففيه احتمال . وغالب الظن أنهم يجابون .

قلت : هذا الذي ذكره من فسخ الأضعف فالأضعف ، هو الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق ، وحكاه صاحب « المهذب » عن الأصحاب . ثم قال : ويحتمل أن يفسخ الآخر فالآخر ، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث ، والمختار ما قاله الأصحاب . فعلى هذا ، لو كان وقف وعتق ، ففي « الشامل » أن العتق يفسخ ، ثم الوقف . وقال صاحب « البيان » : ينبغي أن يفسخ الوقف أولاً ، لأن العتق له قوة وسراية ، وهذا أصح . ولو تعارض الرهن والهبة ، فسخ الرهن، لأنه لا يملك به العين . والله أعلم

وهذا الذي ذكرناه في بيعه لغير الغرماء ، فان باعهم ، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

النوع الثاني : ما يرد على الذمة بأن اشترى في الذمة ، أو باع طعاماً سَلَماً ، فيصح ويثبت في ذمته . وفي قول شاذ : لا يصح .

القسم الثاني : مالا يصادف المال ، فلا منع منه ، كالنكاح ، والطلاق ، والخلع، واستيفاء القصاص ، والعفو عنه ، واستلحاق النسب ، ونفيه باللعان .

الضرب الثاني : الاقرار . فانْ أقر بدين لزمه قبل الحجر عن معاملة ، أو إتلاف ، أو غيرهما ، لزمه ما أقر به . وهل يقبل في حق الغرماء ؟ قولان . أحدهما : لا . لئلا يضرهم بالمزاحمة . وأظهرهما : يقبل ، كما لو ثبت بالبينة . وكاقرار المريض بدين يزحم غرماء الصحة ، ولعدم التهمة الظاهرة . وإن أقر بدين لزمه بعد الحجر ، فان قال : عن معاملة ، لم تقبل في حق الغرماء . وإن قال : عن إتلاف أو جناية ، فالمذهب: أنه كما قبل الحجر ، وقيل : كدين المعاملة بعده . وإن أقر بدين ولم ينسبه ، فقياس المذهب : التنزيل على الأول ، وجعله كاستناده الى ما قبل الحجر .

قلت : هذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر . فان أمكنت ، فينبغي أن يراجع ، لأنه يقبل إقراره . والله أعلم

وأما إذا أقر بعين مالٍ لغيره ، فقال : غصبته ، أو استعرته ، أو أخذته سوماً ، فقولان كما لو أسند الدين إلى ما قبل الحجر ، أظهرهما : القبول . لكن إذا قبلنا ، ففائدته هناك مزاحمة المقر له الغرماء ، وهنا تسلم إليه العين وإن لم يقبل ، فان فضل ، سلم إليه ، وإلا ، فالغرم في ذمته . والفرق بين الانشاء ، حيث أبطلناه في الحال قطعاً وكذا عند زوال الحجر على الأظهر ، وبين الاقرار حيث قبلناه في المفلس قطعاً ، وفي الغرماء على الأظهر ، أن مقصود الحجر ، منعه التصرف ، فأبطلناه . والاقرار إخبار عن ماض ، والحجر لا يسلبه العبارة .

فرع

أقر بسرقة توجب القطع ، قطع . وفي رد المسروق ، القولان . والقبول هنا أولى ، لبعده عن التهمة . ولو أقر بما يوجب القصاص ، فعفا على مال ، ففي « التهذيب » أنه كالاقرار بدين الجناية . وقطع بعضهم بالقبول ، لانتفاء التهمة .

فرع

ادُّعِيَ عليه مال لزمه قبل الحجر ، فأنكر ونكل ، فحلف المدعي ، إن قلنا : النكول ورد اليمين كالبينة ، زاحم ، وإن قلنا : كالاقرار ، فعلى القولين .

القيد الثاني : كونه مصادفاً للمال الموجود عند الحجر . فلو تجدد بعده باصطياد ، أو اتهاب ، أو قبول وصية ، ففي تعدي الحجر إليه ومنعه التصرف فيه ، وجهان . أصحها : التعدي . ولو اشترى في الذمة ، ففي تصرفه ، هذان الوجهان . وهل للبائع الخيار والتعلق بعين متاعه ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث ، وهو إثباته للجاهل دون العالم . فان لم نثبته ، فهل يزاحم الغرماء بالثمن ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه حادث برضى مستحقه ، والمزاحمة بالدين الحادث ثلاثة أقسام .

أحدها : ما لزم برضى مستحقه . فان كان في مقابلته شيء ، كثمن المبيع ، ففيه هذان الوجهان ، وإلا ، فلا مزاحمة بلا خلاف ، بل يصير إلى انفكاك الحجر .

الثاني : ما لزم بغير رضى المستحق ، كالجناية والاتلاف ، فيزاحم به على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان ، لتعلق حقوق الأولين ، كما لو جنى وليس له إلا عبد مرهون ، لا يزاحم المجني عليه المرتهن .

الثالث : ما يتجدد بسبب مؤنة المال ، كأجرة الكيال ، والوزّان ، والحمال والمنادي ، والدلال ، وكراء البيت الذي فيه المتاع ، فهذه المؤن تقدم على حقوق الغرماء ، لأنها لمصلحة الحجر . هذا إن لم نجد متبرعا . فان وجد ، أو كان في بيت المال سعة ، لم يصرف مال المفلس إليها .

قلت : لو تجدد دين بعد الحجر ، وأقر بسابق وقلنا: لا مزاحمة بها، فهما سواء، وما فضل، قسم بينهما ، قاله في « التتمة». والله أعلم

القيد الثالث : كون التصرف مبتدءاً ، فلو اشترى شيئاً قبل الحجر ، فوجده بعد الحجر معيباً ، فله رده إن كان في الرد غبطة ، لأن الحجر لا ينعطف على ماض ، فان منع من الرد عيب حادث ، لزمه الارش ، ولم يملك المفلس إسقاطه . وإن كانت الغبطة في بقائه ، لم يملك رده ، لأنه تفويت بغير عوض . ولهذا نص الشافعي رضي الله عنه ، على أنه لو اشترى في صحته شيئاً ، ثم مرض ، ووجده معيباً ، فأمسكه والغبطة في رده ، كان القدر الذي نقصه العيب محسوباً من الثلث ، وكذلك الولي إذا وجد ما اشتراه للطفل معيباً ، لا يرده إذا كانت الغبطة في بقائه ، ولا يثبت الأرش في هذه الصورة ، لأن الرد غير ممتنع في نفسه ، وإنما المصلحة تقتضي الامتناع .

فرع

لو تبايعا بشرط الخيار ، ففلّسا أو أحدهما ، فلكل منهما إجازة البيع ورده بغير رضى الغرماء ، هكذا نص عليه الشافعي رضي الله عنه . وفيه ثلاثة طرق . أصحها : الأخذ بظاهره ، فيجوز الفسخ والاجازة على وفق الغبطة ، وعلى خلافها ، لأنه إنما يمنع من ابتداء تصرف . والثاني : تجويزهما بشرط الغبطة كالرد بالعيب . والثالث : إن وقعا على وفق الغبطة ، صح ، وإلا ، فيبنى على أقوال الملك في زمن الخيار ، وينظر من أفلس . فان كان المشتري ، وقلنا : الملك للبائع ، فللمشتري الاجازة والفسخ . وإن قلنا : للمشتري ، فله الاجازة ، لأنها استدامة ملك ، ولا فسخ ، لأنه إزالة . وإن أفلس البائع ، وقلنا : الملك له ، فله الفسخ ، لأنه استدامة ، وليس له الاجازة . وإن قلنا : للمشتري ، فللبائع الفسخ والاجازة .

فصل

من مات وعليه دين ، فادعى وارثه ديناً له على رجل ، وأقام شاهداً وحلف معه ، ثبت الحق وجعل في تركته . فان لم يحلف ، لم ترد اليمين على الغرماء على الجديد . ولو ادعى المحجور عليه بالفلس ديناً والتصوير كما ذكرنا ، لم يحلف الغرماء على المذهب . وقيل : فيه القولان . وحكى الامام عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء . وعن الأكثرين ، القطع بمنع الدعوى ابتداءً ، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في المسألة الأولى ، والمفلس في الثانية .

قلت : وطرد صاحب « التهذيب » القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه . والله أعلم

وسواء كان المدعى عيناً أو ديناً، قاله ابن كج :وفرع على قولنا :يحلف الغرماء، أنه لو حلف بعضهم فقط ، استحق الحالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة . قال : ولو حلفوا ثم أبرئوا من ديونهم ، فهل يكون المحلوف عليه لهم ويبطل الابراء ؟ أم يكون المفلس ؟ أم يسقط عن المدعى عليه فلا يستوفى أصلا ؟ فيه ثلاثة أوجه .

قلت : ينبغي أن يكون أصحها : كونه المفلس . ويجيء مثله في غرماء الميت، وهذا المذكور عن ابن كج في حلف بعضهم ، قاله آخرون ، منهم صاحب«الحاوي». ولو ادعى المفلس على رجل مالا،ولم يكن له شاهد ،ونكل المدعى عليه،ثم المفلس، ففي حلف الغرماء الخلاف المذكور مع الشاهد ، قاله القاضي أبو الطيب ، وصاحب « التهذيب » .ولا يحلف الغريم إلا على قدر دينه . والله أعلم

فصل

إذا أراد السفر مَن عليه دين ، فان كان حالاً ، فلصاحبه منعه حتى يقضي حقه . قال أصحابنا : وليس هذا منعاً من السفر، كما يمنع عبده وزوجته السفر ، بل يشغله عن السفر برفعه إلى مجلس القاضي ومطالبته حتى يوفي [1].وإن كان مؤجلاً، فان لم يكن السفر مخوفاً ، فلا منع ،إذ لا مطالبة، وليس له طلب رهن ولا كفيل قطعاً ، ولا يكلفه الاشهاد على الصحيح . وسواء كان الأجل قريباً أم بعيداً ، فان أراد السفر معه ليطالبه عند حلوله ، فله ذلك بشرط أن لايلازمه . فان كان السفر مخوفاً ، كالجهاد ، وركوب البَحْر ،فلا منع على الأصح مطلقاً . وفي وجه: يمنع إلى أن يؤدي الحق ، أو يعطي كفيلاً ، قاله الاصطخري . وفي وجه : إن لم يخلـّف وفاءً، منعه. وفي وجه: إن كان المديون من المرتزقة ،لم يمنع الجهاد ، وإلا ، منع ، واختار الروياني مذهب مالك رضي الله عنه فقال : له المطالبة بالكفيل في السفر المخوف ، وفي السفر البعيد عند قرب الحلول .

فصل

إذا ثبت إعسار المديون ، لم يجز حبسه ، ولا ملازمته ، بل يمهل إلى أن

---

(١) في هامش الاصل ما نصه :

كلام العزيز والروضة يوهم أن صاحب الدين الحال إذا لم يوجد منه منع ولا إذن ، وذلك بأن لا يعلمه أو أعلمه وسكت ، يجوز للمديون السفر ، وليس كذلك ، فقد قال في أوائل السير ، فيمن عليه دين حال لمسلم أو ذمي : ليس له أن يخرج في سفر جهاد أو غيره إلا باذنه ، وله أن يمنعه من السفر . هذا كلامه « مهمات » .

يوسر . وأما الذي له مال وعليه دين ، فيجب أداؤه إذا طلب . فاذا امتنع ،أمره الحاكم به . فان امتنع ، باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه .

قلت : قال القاضي أبو الطيب والأصحاب : إذا امتنع ، فالحاكم بالخيار ، إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه ، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزّره بالحبس وغيره حتى يبيعه . والله أعلم

فان التمس الغرماء الحجر عليه ، حجر على الأصح كيلا يُتلف ماله . فان أخفى ماله ، حبسه القاضي حتى يظهره .فان لم ينزجر بالحبس ، زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره . وإن كان ماله ظاهراً ، فهل يحبسه لامتناعه ؟ قال في « التتمة »: فيه وجهان. الذي عليه عمل القضاة ، الحبس . فان ادعى أنه تلف وصار مفلساً ، فعليه البينة . ثم إن شهدوا على التلف ، قبلت شهادتهم ، ولم تعتبر فيهم الخبرة مطلقاً . وإن شهدوا باعساره ، قبلت بشرط الخبرة الباطنة. قال الصيدلاني: ويحمل قولهم : معسر ، على أنهم وقفوا على تلف المال .

فرع

إذا ادعى المديون أنه معسر ، أو قسم مال المحجور عليه على الغرماء ، وبقي بعض الدين ، فزعم أنه لا يملك شيئاً آخر ، وأنكر الغرماء ، نظر ، إن لزمه الدين في مقابلة مال ، بأن اشترى ، أو اقترض ، أو باع سلَما ، فهو كما لو ادعى هلاك المال ، فعليه البينة . وإن لزمه لافي مقابلة مال ، فثلاثة أوجه . أصحها : يقبل قوله بيمينه . والثاني : يحتاج إلى البينة.والثالث : إن لزمه باختياره كالصداق والضمان ، لم يقبل ،واحتاج إلى البينة ، وإن لزمه لاباختياره كارش الجناية وغرامة المتلَف ، قبل قوله بيمينه ، لأن الظاهر أنه لا يشغل ذمته بمالا يقدر عليه .

فرع

البينة على الاعسار مسموعة ، وإن تعلقت بالنفي للحاجة ، كشهادة أن لا وارث غيره ، وتسمع وإن أقامها في الحال . ويشترط في الشهود مع شروط الشهود ، الخبرة الباطنة كطول الجوار أو المخالطة . فان عرف القاضي أنهم بهذه الصفة ، فذاك ، وإلا ، فله اعتماد قولهم : إنا بهذه الصفة ، قاله في « النهاية » . ويكفي شاهدان كسائر الحقوق . وقال الفوراني : يشترط ثلاثة ، وهذا شاذ . وفيه حديث في « صحيح مسلم » وحمله الجمهور على الاستظهار والاحتياط . وأما صيغة شهادتهم ، فأن يقولوا : هو معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه . ولو أضافوا إليه : وهو ممن تحل له الصدقة ، جاز ولا يشترط . قال في « التتمة » : ولا يقتصرون على أنه لا ملك له ، حتى لا تتمحض شهادتهم نفياً ، لفظاً ومعنى ، ويحلف المشهود له مع البينة ، لجواز أن يكون له مال في الباطن . وهل هذا التحليف واجب ، أم مستحب؟ قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما : الوجوب ، وعلى التقديرين ، هل يتوقف على استدعاء الخصم ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو ادعي على ميت أو غائب . فعلى هذا هو من آداب القضاء . وأصحهما : نعم . كيمين المدعى عليه . قال الامام : الخلاف فيما إذا سكت ، فأما إذا قال : لست أطلب يمينه ، ورضيت باطلاقه ، فلا يحلف بلا خلاف .

فرع

حيث قبلنا قوله مع يمينه ، فيقبل في الحال كالبينة . قال الامام : ويحتمل أن يتأنى القاضي ويسأل عن باطن حاله ، بخلاف البينة . وحيث قلنا : لا يقبل قوله إلا ببينة ، فادعى أن الغرماء يعرفون إعساره ، فله تحليفهم على نفي العلم ، فان نكلوا ، حلف وثبت إعساره . وإن حلفوا ، حبس . ومهما ادعى ثانياً وثالثاً أنه بان لهم

إعساره ، فان له تحليفهم ، قال في « التتمة » : إلا أن يظهر للقاضي انه يقصد الايذاء واللجاج .

فرع

إذا حبسه ، لا يغفل عنه بالكلية . فلو كان غريباً لا يتأتّى له إقامة البينة ، فينبغي أن يوكل به القاضي من يبحث عن وطنه ومنقلبه ، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة ، فاذا غلب على ظنه إعساره ، شهد به عند القاضي لئلا يتخلد في الحبس ، ومتى ثبت الاعسار ، وخلاه الحاكم ، فعاد الغرماء وادّعوا بعد أيام أنه استفاد مالا ، وأنكر ، فالقول قوله ، وعليهم البينة . فان أتوا بشاهدين فقالا : رأينا في يده مالاً يتصرف فيه ، أخذه الغرماء . فان قال : أخذته من فلان وديعة أو قراضاً ، وصدقه المقر له ، فهو له ولا حق فيه للغرماء . وهل لهم تحليفه : أنه لم يواطىء المقر له ، وأقر عن تحقيق ؟ وجهان . أصحهما : لا ، لأنه لو رجع عن إقراره ، لم يقبل . وإن كذبه المقر له ، صرف إلى الغرماء ، ولا يلتفت إلى إقراره لآخر . وإن كان المقر له غائباً ، توقف حتى يحضر ، فان صدقه ، أخذه ، وإلا ، فيأخذه الغرماء.

فرع

في حبس الوالدين بدين الولد ، وجهان . أصحهما عند الغزالي : يحبس . وأصحهما في « التهذيب » وغيره ، لا يحبس ، ولا فرق بين دين النفقة وغيره ، ولا بين الولد الصغير والكبير [1] .

---

(١) في هامش الاصل ما نصه :

وسيرد الوجهان في كتاب الشهادات حيث قال : فرع في جواز حبس الوالدين بدين الولد أوجه الأصح : المنع ، قال الامام : واليه صار معظم أئمتنا ، والثالث : يحبس في نفقة ولده ، ولا يحبس في ديونه ، حكاه الامام ، واختاره ابن القاص ، وقد سبق الوجهان في كتاب التفليس . هذه عبارته هناك .

قلت : وإذا حُبس المفلس ، لم يأثم بترك الجمعة إذا كان معسراً . قال الصيمري : وقيل : يلزمه استئذان الغريم حتى يمنعه ، فيسقط الحضور . والنفقة في الحبس في ماله على المذهب . وحكى الصيمري ، والشاشي ، وصاحب « البيان » فيها وجهين ثانيهما أنها على الغريم . فان كان المفلس ذا صنعة ، مكن من عملها في الحبس على الأصح . والثاني : يمنع إن علم منه مماطلة بسبب ذلك ، حكاهما الصيمري والشاشي وصاحب « البيان » . ورأيت في فتاوى الغزالي رحمه الله ، أنه سئل ، هل يمنع المحبوس من الجمعة والاستمتاع بزوجته ومحادثة أصدقائه ؟ فقال : الرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع ومحادثة الصديق ، ولا يمنع من الجمعة إلا إذا ظهرت المصلحة في منعه . وفي فتاوي صاحب « الشامل » أنه إذا أراد شم الرياحين في الحبس ، إن كان محتاجاً إليه لمرض ونحوه ، لم يمنع ، وإن كان غير محتاج بل يريد الترفه ، منع . وأنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة ، ولا يمنع من دخولها لحاجة كحمل الطعام ونحوه . وأن الزوجة إذا حبست في دين استدانته بغير إذن الزوج ، فان ثبت بالبينة ، لم يسقط نفقتها مدة الحبس ، لأنه بغير رضاها فأشبه المرض . وإن ثبت بالاقرار ، سقطت ، هكذا قال ، والمختار سقوطها في الحالين ، كما لو وطئت بشبهة فاعتدت ، فانها تسقط ، وإن كانت معذورة . قال أصحابنا : ولو حبس في حق رجل ، فجاء آخر وادعى عليه ، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى ، ثم يرده . قال في « البيان » لو مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه ، أخرج . فان وجد من يخدمه ، ففي وجوب إخراجه ، وجهان . فان جن ، أخرج قطعاً . وإذا حبس لحق جماعة ، لم يكن لواحد إخراجه ، حتى يجتمعوا على إخراجه . ولو حبس لحق غريم ، ثم

استحق آخر حبسه ، جعله القاضي محبوساً للاثنين ، فلا يخرج إلا باجتماعهما . قال : وإذا ثبت إعساره ، أخرجه بغير إذن الغريم[1] . والله أعلم

فصل

إذا حجر الحاكم على المفلس ، استحب أن يبادر ببيع ماله وقسمته ، لئلا يطول زمن الحجر ، ولا يفرط في الاستعجال ، لئلا يباع بثمن بخس ، ويستحب أن يبيع بحضرة المفلس ، أو وكيله ، وكذا يفعل إذا باع المرهون . ويستحب أيضاً إحضار الغرماء ، ويقدم بيع المرهون والجاني ، ليتعجل حق مستحقيهما . فان فضل عنهما شيء ضم إلى سائر الأموال . وإن بقي من دين المرتهن شيء ، ضارب به .

قلت : ويقدم أيضاً المال الذي تعلق به حق عامل القراض ، ويقدم بالربح المشروط ، صرح به الجرجاني وهو ظاهر . والله أعلم

ويبيع أولاً ما يخاف فساده ، ثم الحيوان ، ثم سائر المنقولات ، ثم العقار ، ويباع كل شيء في سوقه .

قلت : بيع كل شيء في سوقه ، مستحب . فلو باع في غيره بثمن مثله ، صح ، قاله أصحابنا . وهذا المذكور من تقديم بيع المرهون والجاني ، وهو إذا لم يخف تلف ما يسرع فساده . فان خيف ، قدم بيعه عليهما . والله أعلم

---

(١) في هامش الأصل مانصه : هذه المسألة قد أعادها في الباب الثاني في جامع آداب القضاء في آخر الطرف الأول منه ، وجزم بالمنع ، وهو مخالف لكل من هذين النقلين المذكورين هنا ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى « مهمات » .

ويجب أن يبيع بثمن المثل حالاً من نقد البلد . فان كانت الديون من غير ذلك النقد ، ولم يرضى المستحقون إلا بجنس حقهم ، صرفه إليه . وإلا فيجوز صرفه إليهم إلا أن يكون سلما .

فرع

لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه . وقد سبق أقواله ، فيما إذا تنازع المتبايعان في البداءة بالتسليم ، فقال أبو إسحاق : نصه هنا تفريع على قولنا يبدأ بالمشتري ، ويجيء عند النزاع قول آخر : أنهما يجبران معاً ، ولا يجيء قولنا لا يجبر واحد منهما ، لأن الحال لا يحتمل التأخير ، ولا قولنا : البداءة بالبائع ، لأن من تصرّف لغيره ، لزمه الاحتياط . وقال ابن القطان : تجب البداءة هنا بتسليم الثمن ، بلا خلاف . ثم لو خالف الواجب وسلم قبل قبض الثمن ، ضمن ، وسنذكر إن شاء الله تعالى كيفية الضمان .

فرع

ما يقبضه الحاكم من أثمان أمواله على التدريج إن كان يسهل قسمته عليهم ، فالأولى أن لا يؤخر . وإن كان يعسر لقلته وكثرة الديون ، فله التأخير لتجتمع ، فان أبو التأخير ، ففي « النهاية » إطلاق القول بأنه يجيبهم . والظاهر ، خلافه وإذا تأخرت القسمة ، فان وجد من يقرضه إياه ، فعل ، ويشترط فيه الامانة واليسار . وليودع عند من يرضاه الغرماء ، فان اختلفوا أو عينوا غير عدل ، فالرأي للحاكم ، ولا يقنع بغير عدل . ولو تلف شيء في يد العدل ، فهو من ضمان المفلس ، سواء كان في حياة المفلس أو بعد موته .

فرع

لا يكلف الغرماء عند القسمة إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم ، ويكفي بأن الحجر قد استفاض . فلو كان غريم ، لظهر وطلب حقه ، هكذا نقله الامام عن صاحب « التقريب » ، ثم قال : ولا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء وبين القسمة على الورثة . فاذا قلنا : في الورثة لا بد من بينة بأن لا وارث غيرهم، فكذا الغرماء . ولفارق أن يفرق بأن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء.

قلت : الأصح : قول صاحب « التقريب » وهو ظاهر كلام الجمهور . ويفرق أيضاً ، بأن الغريم الموجود،تيقنا استحقاقه لما يخصه ، وشككنا في مزاحم . ثم لو قدر مزاحم،لم يخرج هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة ، وليست مزاحمة الغريم متحتمة ، فانه لو أبرأ أو أعرض، سلمنا الجميع إلى الآخر ، والوارث يخالفه في جميع ذلك . والله أعلم

وإذا جرت القسمة ، ثم ظهر غريم ، فالصحيح أن القسمة لا تنقض، ولكن يشاركهم بالحصة ، لأن المقصود يحصل بذلك. وفي وجه ، ينقض فيستأنف . فعلى الصحيح ، لو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين ، لأحدهما عشرون ، وللآخر عشرة ، فأخذ الأول عشرة ، والآخر خمسة ، فظهر غريم له ثلاثون ، استرد من كل واحد نصف ما أخذه . ولو كان دينهما عشرة وعشرة ، فقسم المال نصفين ، ثم ظهر غريم بعشرة ، رجع على كل واحد بثلث ما أخذه . فان أتلف أحدهما ما أخذ ، وكان معسراً لا يحصل منه شيء، فوجهان . أصحهما :يأخذ الغريم الثالث من الآخر نصف ما أخذه ، وكأنه كل المال . ثم إذا أيسر المتلف ، أخذ منه ثلث ما أخذه ، وقسماه بينهما . والثاني : لا يأخذ منه إلا ثلث ما أخذه ، وله

ثلث ما أخذه المتلف دين عليه [١] . ولو ظهر الغريم الثالث ، وظهر للمفلس مال عتيق ، أو حادث بعد الحجر ، صرف منه إلى من ظهر بقسط ما أخذه الأولان. فان فضل شيء قسم على الثلاثة ، وهذا كله في ظهور غريم بدين قديم . فان كان بحادث بعد الحجر ، فلا مشاركة في المال القديم . وإن ظهر مال قديم ، وحدث مال باحتطاب وغيره ، فالقديم للقدماء خاصة ، والحادث للجميع .

فرع

لو خرج شيء مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقاً ، والثمن غير باقٍ ، فهو كدين ظهر ، وحكمه ما سبق . وإن باع الحاكم ماله ، فظهر مستحقاً بعد قبض الثمن وتلفه ، رجع المشتري في مال المفلس ، ولا يطالب الحاكم به . ولو نصب أميناً فباعه ، ففي كونه طريقاً ، وجهان . كما ذكرنا في العدل الذى نصبه القاضي ليبيع المرهون .

قلت : أصحها : لا يكون ، قاله صاحب « التهذيب » . والله أعلم

وإذا رجع المشتري أو الأمين إذا جعلناه طريقاً ، وغرم في مال المفلس ، قدما على الغرماء على المذهب ، لأنه من مصالح البيع كأجرة الكيال لئلا يرغب عن الشراء من ماله . وفي قول ، يضاربان . وقيل : إن رجعا قبل القسمة ، قدما . وإن كان بعد القسمة واستئناف حجر بسبب مال تجدد ، ضاربا .

فصل

فيما يباع من مال المفلس

فيه مسائل :

إحداها : ينفق الحاكم على المفلس إلى فراغه من بيع ماله وقسمته ، وكذا

---

(١) عبارة العزيز هكذا : وثلث ما أخذه المتلف دين له عليه .

ينفق على من عليه مؤنته من الزوجات والاقارب ، لأنه موسر ما لم يزل ملكه. وكذلك يكسوهم بالمعروف. هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات. وأما قدر نفقة الزوجات، فقال الامام: لا شك أن نفقته نفقة المعسرين. وقال الروياني: نفقة الموسرين. وهذا قياس الباب، إذ لو كان نفقة المعسر، لما أنفق على القريب.

قلت: يرجح قول إمام الحرمين بنص الشافعي رضي الله عنه، إذ قال في «المختصر»: أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة.

والله أعلم

الثانية: يباع مسكنه وخادمه. وإن كان محتاجاً إلى من يخدمه لزمانة، أو كان منصبه يقتضي ذلك، هذا هو المذهب والمنصوص. وفي وجه، يبقيان إذا كانا لائقين به دون النفيسين. وفي وجه، يبقى المسكن فقط.

الثالثة: يترك له دست ثياب تليق به، من قميص، وسراويل، ومِنْدَل، ومكعَّب. وإن كان في الشتاء زاد جبة. ويترك له عمامة، وطيلسان، وخف ودراعة يلبسها فوق القميص، إن كان يليق به لبسها. وتوقف الامام في الخف والطيلسان وقال: تركهما لا يخرم المروءة. وذكر أن الاعتبار بحاله في إفلاسه، لا في بسطته وثروته. لكن المفهوم من كلام الأصحاب، أنهم لا يوافقونه ويمنعون قوله: تركهما لا يخرم المروءة. ولو كان يلبس قبل إفلاسه فوق ما يليق بمثله رددناه إلى ما يليق، ولو كان يلبس دون اللائق تقتيراً، لم يرد إليه. ويترك لعياله من الثوب، كما يترك له. ولا يترك الفرش والبسط، لكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة.

الرابعة: يترك قوت يوم القسمة له ولمن عليه نفقته، لأنه موسر في أوله،

ولا يزاد على نفقة ذلك اليوم . وذكر الغزالي ، أنه يترك له سكنى ذاك اليوم أيضاً ، فاستمر على قياس النفقة ، لكن لم يتعرض له غيره .

الخامسة : كل ما قلنا يترك له، إن لم نجده في ماله ، اشتري له .

قلت : قال صاحب « التهذيب » : يباع عليه مركوبه ، وإن كان ذامروءة . قال أصحابنا : وإذا مات المفلس ، قدم كفنه ، وحنوطه ، ومؤنة غسله ودفنه على الديون، وكذلك من مات من عبيده ، وأم ولده ، وزوجته إن أوجبنا عليه كفنها ، وكذلك أقاربه الذين تلزمه نفقتهم ، نص عليه في « المختصر » واتفقوا عليه . قال في «البيان» وتسلم إليه النفقة يوماً بيوم . والله أعلم

فصل

من قواعد الباب ، أن المفلس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل ، ولا يمكن من تفويت ما هو حاصل . فلو جني عليه أو على عبده ، فله القصاص . ولا يلزمه العفو على مال . فلو كانت الجناية موجبة للمال ، فليس له ولا لوارثه العفو بغير إذن الغرماء . ولو كان أسلم في شيء ، فليس له أن يقبضه مسامحاً ببعض الصفات المقصودة المشروطة إلا باذنهم. ولو كان وهب هبة تقتضي الثواب،وقلنا : يتقدر الثواب بما يرضى به الواهب ، فله أن يرضى بما شاء . ولا يكلفه طلب زيادة ، لأنه تحصيل . وإن قلنا : يتقدر المثل ، لم يجز الرضى بما دونه . ولو زاد على المثل ، لم يجب القبول . وليس على المفلس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الكسب والاجرة في الديون ، أو بقيتها . ولو كان له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه ، فهل يؤاجران عليه ؟ وجهان . ميل الامام إلى المنع . وفي تعاليق العراقيين ، ما يدل على أن الايجار أصح . فعلى هذا ، يؤجر مرة بعد اخرى إلى أن يفنى الدين . ومقتضى هذا ، إدامة الحجر إلى فناء الدين ،وهذا كالمستبعد.

قلت : الايجار أصح ، وصححه في « المحرر » . وذكر الغزالي في « الفتاوى» أنه يجبر على إجارة الوقف مالم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في عرض قضاء الدين ، والتخلص من المطالبة . والله أعلم

فصل

إذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء ، فهل ينفك الحجر بنفسه ، أم يحتاج إلى فك الحاكم ؟ وجهان . أصحهما : يحتاج كحجر السفه . هذا إن اعترف الغرماء أن لا مال له سواه . فان ادعوا مالاً آخر ، فأنكر ، فقد سبق بيانه . ولو اتفق الغرماء على دفع الحجر ، فهل يرتفع كالمرهون ، أم لا يرتفع إلا بالحاكم لاحتمال غريم آخر ؟ فيه الوجهان . ولو باع المفلس ماله لغريمه بدينه ولا غريم سواه ، أو حجر عليه لجماعة ، فباعهم أمواله بديونهم ، فهل يصح بغير إذن القاضي ؟ وجهان. أصحهما : لا بد من إذنه . ولو باعه لغريمه بعين أو ببعض دينه ، فهو كما لو باعه لأجنبي ، لأن ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه ، بخلاف ما إذا باع بكل الدين ، فانه يسقط الدين ، وإذا سقط ، ارتفع الحجر . ولو باع لأجنبي باذن الغرماء ، لم يصح . وقال الامام : يحتمل أن يصح كبيع المرهون باذن المرتهن.

الحكم الثاني : الرجوع في عين المال ، ونقدم عليه مسائل .

إحداها : من حجر عليه بافلاس ، ووجد من باعه ولم يقبض الثمن متاعه عنده، فله أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله ، والأصح : أن هذا الخيار على الفور ، كخيار العيب والخلف . فان علم فلم يفسخ ، بطل حقه من الرجوع في العين . وفي وجه : يدوم كخيار الهبة للولد . وفي وجه : يدوم ثلاثة أيام .

الثانيه : في افتقار هذا الفسخ إلى إذن الحاكم ، وجهان . أصحها : لا يفتقر، لثبوت الحديث فيه ، كخيار العتق . ولوضوح الحديث ، قال الاصطخري : لو حكم الحاكم بمنع الفسخ ، نقضنا حكمه .

قلت : الأصح : أن لا ينقض ، للاختلاف فيه . والله أعلم

الثالثة : لا يحصل هـذا الفسخ ببيع البائـع ، وإعتاقه ، ووطئه المبيعة على الأصح ، وتلغو هذه التصرفات .

الرابعة : صيغة الفسخ ، كقوله : فسخت البيع ، أو نقضته ، أو رفعته ، فلو اقتصر على رددت الثمن ، أو فسخت البيع فيه ، حصل الفسخ على الأصح . ووجه المنع : أن مقتضى الفسخ ، إضافته إلى العقد المطلق .

فصل

حق الرجوع ، إنما يثبت بشروط ، ولا يختص بالمبيـع ، بل يجري في غيره من المعاوضات ، ويحصل بيانه بالنظر في العوض المتعذر تحصيله ، والعوض المسترجع ، والمعاوضة التي انتقل الملك بها إلى المفلس . أما العوض وهو الثمن وغيره من الأعواض، فيعتبر فيه وصفان . أحدهما : تعذر استئنافه بالافلاس ، وفيه صور .

إحداها : إذا كان ماله وافيـاً بالديون وجوّزنا الحجر ، فحجر ، ففي ثبوت الرجوع ، وجهان . وقطع الغزالي بالمنع ،لأنه يصل إلى الثمن .

الثانية : لو قال الغرماء : لا نفسخ لتقدمك بالثمن ،لم يلزمه ذلك على الصحيح ، لأن فيه منّةً وقد يظهر مزاحم . ولو قالوا : نؤدي الثمن من خالص أموالنا ، أو تبرع به أجنبي ، فليس عليه القبول . ولو أجاب ، ثم ظهر غريم آخر ، لم يزاحمه

في المأخوذ . ولو مات المشتري ، فقال الوارث : لا ترجع فأنا أقدمك ، لم يلزمه القبول . فلو قال : أؤدي من مالي ، فوجهان . وقطع في « التتمة »بلزوم القبول ، لأن الوارث خليفة الميت .

الثالثة : لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع اليسار ، أو هرب ، أو مات مليئاً ،وامتنع الوارث من التسليم ، فلا فسخ على الأصح ، لعدم عيب الافلاس ، وإمكان الاستيفاء بالسلطان . فان فرض عجز ، فنادر لا عبرة به . ولو ضمن بغير إذنه ، فوجهان . أحدهما : يرجع كما لو تبرع رجل بالثمن . والثاني : لا ،لأن الحق قد صار في ذمته ، وتوجهت عليه المطالبة ، بخلاف المتبرع . ولو أعير المشتري شيء، فرهنه على الثمن ، فعلى الوجهين . ولو انقطع جنس الثمن ، فان جوزنا الاعتياض عنه ، فلا تعذر في استيفاء عوض عنه ، فلا فسخ ، وإلا فكانقطاع المسلم فيه ، فيثبت حق الفسخ على الأظهر . وعلى الثاني : ينفسخ .

الوصف الثاني : كون الثمن حالاً . فلو كان مؤجلاً ، فلا فسخ على المذهب. وفيه وجه سبق في أول الباب . ولو حل الأجل قبل انفكاك حجره ، فقد سبق بيانه هناك . وأما المعاوضة ، فيعتبر فيما ملك به المفلس ، شرطان . أحدهما : كونه معاوضة محضة ، فيدخل فيه أشياء ، ويخرج منه أشياء . فما يخرج أنه لا فسخ بتعذر استيفاء عوض الصلح عن الدم ، ولا يتعذر عوض الخلع قطعاً . وأنه لافسخ للزوج بامتناعها من تسليم نفسها . وفي فسخها بتعذر الصداق ، خلاف معروف . وأما الذي يدخل فيه ، فمنه السلم ،والاجارة أما السلم ، فاذا أفلس المسلَم إليه قبل أداء المسلم فيه ، فلرأس المال ثلاثة أحوال .

الأول : أن يكون باقياً ،فللمسلم فسخ العقد والرجوع إلى رأس المال كالبيع. فان أراد أن يضارب بالمسلم فيه ، فسنذكر كيفية المضاربة .

الثاني : أن يكون تالفاً ، فوجهان . أحدهما :له الفسخ والمضاربة برأس المال ،

لأنه تعذر الوصول إلى تمام حقه،فأشبه انقطاع جنس المسلَم فيه . فعلى هذا قيل: يجيء قول بانفساخ السلم ، كما جاء في الانقطاع . وقيل : لا ، لأنه ربما حصل باستقراض وغيره، بخلاف صورة الانقطاع . وأصحهما : ليس له الفسخ، كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع تالف . ويخالف الانقطاع ، لأن هناك إذا فسخ ، رجع إلى رأس المال بتمامه ، وهنا ليس إلا المضاربة ، ولو لم يفسخ لضارب بالمسلَم فيه وهو أنفع غالباً ، فعلى هذا يقوم المسلَم فيه ويضارب المسلم بقيمته ، فاذا عرف حصته ، نظر ، إن كان في المال من جنس المسلَم فيه، صرفه إليه ، وإلا فيشترى بحصته منه ويعطاه، لأن الاعتياض عنه لا يجوز . هذا إذا لم يكن جنس المسلم فيه منقطعاً. فان كان ، فقيل : لا فسخ ، إذ لا بد من المضاربة على التقديرين . والصحيح : ثبوت الفسخ ،لأنه يثبت في هذه الحالة في حق غير المفلس ، ففي حقه أولى ، وكالرد بالعيب . وفيه فائدة ، فان ما يخصه بالفسخ، يأخذه في الحال عن رأس المال . وما يخصه بلا فسخ ، لا يعطاه ، بل يوقف إلى عود المسلَم فيه فيشترى به .

فرع

لو قوّمنا المسلَم فيه ، فكانت قيمته عشرين ، فأفرزنا للمسلم من المال عشرة، لكون الدين مثل المال ، فرخُص السعر قبل الشراء ، فوجد بالعشرة جميع المسلَم فيه ، فوجهان . أحدهما وبه قطع في « الشامل » : يرد الموقوف إلى ما يخصه باعتبار قيمته آخراً ، فيصرف إليه خمسة ، والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سائر الغرماء ، لأن الموقوف باقٍ على ملك المفلس ، وحق المسلم في الحنطة ، فاذا صارت القيمة عشرة ، فهي دينه . والثاني وبه قطع في « التهذيب » ونقله الامام عن الجماهير : يشترى به جميع حقه ويعطاه ، اعتباراً بيوم القسمة . وهو إن لم يملك الموقوف ،

فهو كالمرهون بحق ، وانقطع به حقه من الحصص ، حتى لو تلف قبل التسليم إليه، لم يتعلق بشيء مما عند الغرماء ، وبقي حقه في ذمة المفلس . ولا خلاف أنه لو فضل الموقوف عن جميع حق المسلم ، كان الفاضل للغرماء ، وليس له أن يقول : الزائد لي . ولو وقفنا في الصورة المذكورة عشرة ، فغلا السعر ، ولم نجد القدر المسلم فيه إلا بأربعين ، فعلى الوجه الأول بان أن الدين أربعون ، فيسترجع من الغرماء ما يتم به حصته أربعين . وعلى الثاني : لا يزاحمهم ، وليس له إلا ما وقف له .

فرع

لو تضاربوا ، وأخذ المسلم ما يخصه قدراً من المسلم فيه ، وارتفع الحجر عنه ، ثم حدث له مال وأعيد الحجر ، واحتاجوا إلى المضاربة ثانياً ، قدمنا المسلم فيه . فان وجدنا قيمته كقيمته أولاً ، فذاك . وإن زادت ، فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة ، وإن نقصت ، فهل الاعتبار بالقيمة الثانية ، أم بالقيمة الأولى ؟ وجهان . الصحيح : الأول . قال الامام : ولا أعرف للثاني وجهاً . ولو كان المسلَم فيه عبداً أو ثوباً ، فحصة المسلم يشترى بها شقص منه للضرورة . فان لم يوجد ، فللمسلم الفسخ .

الحال الثالث : أن يكون بعض رأس المال باقياً ، وبعضه تالفاً ، وهو كتلف بعض المبيع ، وسنذكره إن شاء الله تعالى ، وأما الاجارة ، فنتكلم في إفلاس المستأجر ، ثم المؤجر .

القسم الأول : المستأجر ، والاجارة نوعان .

أحدهما : إجارة عين . فاذا أجر أرضاً ، أو دابة ، وأفلس المستأجر قبل تسليم الاجرة ومضي المدة ، فللمؤجر فسخ الاجارة على المشهور ، تنزيلاً للمنافع منزلة

الاعيان في البيع . وفي قول : لا ، إذ وجود لها . فعلى المشهور : إن لم يفسخ ، واختار المضاربة بالاجرة ، فله ذلك . ثم إن كانت العين المستأجرة فارغة ، أجرها الحاكم على المفلس ، وصرف الاجرة إلى الغرماء . وإن كان الفلس بعد مضي بعض المدة ، فللمؤجر فسخ الاجارة في المدة الباقية ، والمضاربة بقسط الماضية من الاجرة المسماة ، بناءً على أنه لو باع عبدين ، فتلف أحدهما ، ثم أفلس ، يفسخ البيع في الباقي ، ويضارب بثمن التالف . ولو أفلس مستأجر الدابة في خلال الطريق ،وحجر عليه ، ففسخ المؤجر ، لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلكة ، ولكن ينقله إلى مأمن بأجرة مثل يقدم بها على الغرماء ، لأنه لصيانة المال ، ثم في المأمن يضعه عند الحاكم . ولو وضعه عند عدل من غير إذن الحاكم ، فوجهان مذكوران في نظائرها.
ولو فسخ والأرض المستأجرة مشغولة بزرع المستأجر ، نظر ، إن استحصد الزرع ، فله المطالبة بالحصاد ، وتفريغ الأرض ، وإلا ، فان اتفق المفلس والغرماء على قطعه ، قطع ، أو على التبقية إلى الادراك ، فلهم ذلك ، بشرط أن يقدموا المؤجر بأجرة المثل للمدة الباقية ، لأنها لحفظه على الغرماء . وإن اختلفوا ، فأراد بعضهم القطع ، وبعضهم التبقية ، فعن أبي إسحاق : يعمل بالمصلحة ، والصحيح : أنه إن كان له قيمه لو قطع ، أجبنا من أراد القطع من المفلس والغرماء ، إذ ليس عليه تنمية ماله لهم ، ولا عليهم انتظار النماء . فعلى هذا ، لو لم يأخذ المؤجر أجرة المدة الماضية، فهو أحد الغرماء ، فله طلب القطع ، وإن لم يكن له قيمة لو قطع ، أجبنا من طلب التبقية ، إذ لا فائدة لطالب القطع . وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق ، أو بطلب بعضهم ، وأجبناه ، فالسقي وسائر المؤن ، إن تطوع بها الغرماء أو بعضهم ، أو أنفقوا عليه على قدر ديونهم ، فذاك ، وإن أنفق بعضهم ليرجع ، فلا بد من إذن الحاكم ، أو اتفاق الغرماء والمفلس . فاذا حصل الاذن ، قدم المنفق بما أنفق . وكذا لو أنفقوا على قدر ديونهم ، ثم ظهر غريم آخر ، قدم المنفقون بما أنفقوا على الغرماء . وهل

يجوز الانفاق عليه من مال المفلس ؟ وجهان . أصحهما : الجواز . ووجه المنع : أن حصول الفائدة متوهم .

قلت : وإن أنفق بعض الغرماء بإذن المفلس وحده ، على أن يرجع بما أنفق، جاز وكان ديناً في ذمة المفلس ، لا يشاركه به الغرماء ، لأنه وجب بعد الحجر. وإن أنفق بعضهم بإذن باقيهم فقط ،على أن يرجع عليهم ،رجع عليهم في مالهم. والله أعلم

النوع الثاني : الاجارة على الذمة . ولنا خلاف في أن هـذه الاجارة ، هل لها حـكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال في المجلس ، أم لا ؟ فان قلنا : لا ، فهي كاجارة العين ، وإلا ، فلا أثر للافلاس بعد التفرق لمصير الأجرة مقبوضة قبل التفرق . ولو فرض الفلس في المجلس ، فان أثبتنا خيار المجلس فيها ، استغني عن هذا الخيار ، وإلا ، فهي كاجارة العين .

القسم الثاني : إفلاس المؤجر في إجارة العين ، أو الذمة . أما الأولى ، فاذا أجر دابة ، أو داراً لرجل ، فأفلس ، فلا فسخ للمستأجر ، لأن المنافع المستحقة له متعلقة بعين ذلك المال ، فيقدم بها كما يقدم حق المرتهن ، ثم إذا طلب الغرماء بيع المستأجر ، فان قلنا : لا يجوز ، فعليهم الصبر إلى انقضاء المدة . وإن جوزناه ، أجيبوا ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بسبب الاجارة ، إذ ليس عليهم الصبر لتنمية المال . وأما الثانية : فاذا التزم في ذمته نقل متاع إلى بلد ، ثم أفلس ، نظر ، إن كانت الاجرة باقية في يد المفلس ، فله فسخ الاجارة والرجوع إلى عين ماله ، وإن كانت تالفة ، فلا فسخ ، ويضارب الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة ، وهي أجرة المثل ، كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه . ثم إن جعلنا هذه الاجارة سلماً ، فحصته بالمضاربة لا تسلم إليه ، لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه ، بل ينظر ، فان كانت المنفعة المستحقة قابلة للتبعيض ، بأن كان الملتزم حمل مائة رطل ، فينقل بالحصة بعض المائة . وإن لم

يقبله كقصارة ثوب ، ورياضة دابة ، وركوب إلى بلد ، ولو نقل إلى نصف الطريق لبقي ضائعاً ، قال الامام : للمستأجر الفسخ بهذا السبب ، والمضاربة بالاجرة المبذولة. وأما إذا لم نجعل هذه الاجارة سلماً ، فتسلم الحصة بعينها إليه ، لجواز الاعتياض . هذا كله إذا لم يكن سلم عيناً لاستيفاء المنفعة الملتزمة . فان كان التزم النقل ، وسلم دابة لينقل عليها ، ثم أفلس ، بني على أن الدابة المسلمة تتعين بالتعيين ، وفيها وجهان مذكوران في باب الاجارة .فان قلنا: تتعين ، فلا فسخ، وتقدم المستأجر بمنفعتها ، كالمعينة في العقد ، وإلا ، فهو كما لو لم يسلمها .

فرع

اقترض مالاً ، ثم أفلس وهو باقٍ في يده ، فللمقرض الرجوع فيه ، سواء قلنا: يملك بالقبض أو بالتصرف .

فرع

باع مالاً واستوفى ثمنه ، وامتنع من تسليم المبيع ، أو هرب ، فهل للمشتري الفسخ كما لو أبق المبيع ، أم لا لأنه لانقص في نفس المبيع ؟ فيه وجهان .

الشرط الثاني للمعاوضة : أن تكون سابقة للحجر . وفي بعض مسائل هذا الشرط ، خلاف . فاذا اشترى المفلس شيئاً بعد الحجر ، وصححناه ، فقد سبق في ثبوت الرجوع خلاف . ولو أجر داراً وسلمها إلى المستأجر ، وقبض الاجرة ثم أفلس وحجر عليه ، فقد سبق أن الاجارة مستمرة ، فان انهدمت في أثناء المدة ، انفسخت الاجارة فيما بقي ، وضارب المستأجر بحصة ما بقي منها إن كان الانهدام قبل قسمة المال بينهم . وإن كان بعدها ، ضارب أيضاً على الأصح ، لاستناده إلى

عقد سبق الحجر ، فأشبه انهدامها قبل القسمة . ووجه المنع : أنه دين حدث بعد القسمة . ولو باع جارية بعبد، وتقابضا ، ثم أفلس مشتري الجارية وحجر عليه ، وهلكت في يده ، ثم وجد بائعها بالعبد عيباً ، فرده ، فله طلب قيمة الجارية لا محالة . وكيف يطالب ؟ وجهان . أصحهما : يضارب كغيره . والثاني : يقدم على الغرماء بقيمتها ، لأنه أدخل بدلها عبداً في المال ، ويخالف هذا من باعه شيئاً، لأن هذا حق مستند إلى ما قبل الحجر . وأما المعوّض ، فيشترط في المبيع المرجوع فيه شرطان .

أحدهما : بقاؤه في ملك المفلس . فلو هلك بآفه أو جناية ، لم يرجع ، سواء كانت قيمته مثل الثمن ، أو أكثر ، وليس له إلا المضاربة بالثمن . وفي وجه : إن زادت القيمة ، ضارب بها واستفاد زيادة حصته . ولو خرج عن ملكه ببيع ، أو هبة ، أو إعتاق ، أو وقف ، فهو كالهلاك ، وليس له فسخ هذه التصرفات ، بخلاف الشفيع ، فانه يفسخها . لسبق حقه عليها . ولو استولد ، أو كاتب ، فلا رجوع . ولو دبر ، أو علق بصفة ، أو زوجها ، رجع . وإن أجر ، فلا رجوع إن لم نجوز بيع المستأجر ، وإلا ، فان شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر ، وإلا ، فيضارب بالثمن ، وإن جنى ، أو رهن ، فلا رجوع . فان قضى حق المجني عليه والمرتهن ببيع بعضه ، فالبائع واجد لبعض المبيع ، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. ولو انفك الرهن ، أو برىء عن الجناية ، رجع . ولو كان المبيع صيداً فأحرم البائع ، لم يرجع .

فرع

لو زال ملك المشتري ، ثم عاد ، ثم حجر عليه ، فان عاد بلا عوض ،

كالارث ، والهبة ، والوصية ، ففي رجوعه وجهان . وإن عاد بعوض ، بأن اشتراه، فان كان دفع الثمن إلى البائع الثاني ، فكعوده بلا عوض . وإن لم يدفعه ، وقلنا بثبوته للبائع لو عاد بلا عوض ، فهل الأول أولى لسبق حقه ، أم الثاني لقرب حقه ، أم يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن ؟ فيه أوجه .

قلت : أصح الوجهين أولاً : أنه لا يرجع ، وبه قطع الجرجاني في « التحرير» وغيره . قال البغوي : ويجري الوجهان فيما لو رد عليه بعيب . والله أعلم

وعجز المكاتب وعوده ، كانفكاك الرهن . وقيل : كعود الملك .

قلت : لو كان المبيع شقصاً مشفوعاً ، ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشتري، وأفلس بالثمن ، فأوجه . أحدها : يأخذه الشفيع ، ويؤخذ منه الثمن ، فيخص به البائع جمعاً بين الحقين . والثاني : يأخذه البائع ، وأصحها عند الشيخ أبي حامد ، والقاضي أبي الطيب ، وآخرين : يأخذه الشفيع ، ويكون الثمن بين الغرماء كلهم. والله أعلم

الشرط الثاني : أن لا يحدث في المبيع تغير مانع. وللتغير حالان. حال بالنقص ، وحال بالزيادة . الأول : النقص ، وهو قسمان .

أحدهما : نقص لا يتقسط الثمن عليه ، ولا يفرد بعقد ، كالعيب . فان كان بآفة سماوية ، فالبائع بالخيار . إن شاء رجع فيه ناقصاً ولا شيء له غيره ، وإن شاء ضارب بالثمن كتعيب المبيع في يد البائع ، وسواء كان النقص حسياً كسقوط بعض الأعضاء والعمى ، أو غيره ، كنسيان الحرفة والتزويج والاباق والزنا . وحكي قول: أنه يأخذ المعيب ، ويضارب بارش النقص ، كما نذكره في القسم الثاني إن شاء الله تعالى . وهو شاذ ضعيف . وإن كان بجناية ، فان كان بجناية أجنبي ، لزمه الأرش،

إما مقدر ، وإما غير مقدر ، بناءً على الخلاف ، في أن جرح العبد مقدر ، أم لا ؟ وللبائع أخذه معيباً ، والمضاربة بمثل نسبة ما نقص من القيمة من الثمن . وإن كان بجناية البائع ، فكالأجنبي . وإن كان بجناية المشتري ، فطريقان . أصحهما عند الامام : أنه كالأجنبي ، لأن جناية المشتري قبض واستيفاء ، فكأنه صرف جزءاً من المبيع إلى غرضه . والثاني وبه قطع صاحب « التهذيب » وغيره : أنه كجناية البائع على المبيع قبل القبض ، ففي قول ، كالأجنبي ، وعلى الأظهر ، كالآفة السماوية.

قلت : المذهب : أنه كالآفة السماوية ، وبه قطع جماعات. والله أعلم

القسم الثاني : نقص يتقسط الثمن عليه ، ويصح إفراده بالعقد ، كمن اشترى عبدين أو ثوبين ، فتلف أحدهما في يده ، ثم حجر عليه ، فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن ، والمضاربة بحصة ثمن التالف . ولو بقي جميع المبيع ، وأراد البائع الرجوع في بعضه ، مكّن ، لأنه أنفع للغرماء من الفسخ في كله ، فهو كما لو رجع الأب في نصف ما وهبه ، يجوز . ومن الأصحاب ، من حكى قولين في أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن ، أم بجميع الثمن ولا يضارب بشيء ؟ قال الامام : وطردها أصحاب هذه الطريقة في كل مسألة تضاهيها . حتى لو باع شقصاً وسيفاً بمائة ، يأخذ الشقص بجميع المائة على قول . قال الامام : وهذا قريب من خرق الاجماع ، هذا إذا تلف أحد العبدين ولم يقبض من الثمن شيئاً. أما إذا باع عبدين متساوي القيمة بمائة ، وقبض خمسين ، فتلف أحدهما في يد المشتري ، ثم أفلس ، فالقديم : أنه لا رجوع ، بل يضارب بباقي الثمن مع الغرماء ، والجديد : أنه يرجع. فعلى هذا يرجع في جميع العبد الباقي بما بقي من الثمن ، ويجعل ما قبض في مقابلة التالف . هذا هو المذهب ، والمنصوص . وقيل : فيه قول مخرج : أنه يأخذ نصف العبد الباقي بنصف باقي الثمن ، ويضارب الغرماء بنصفه . ولو قبض بعض

الثمن ، ولم يتلف شيء من المبيع ، ففي رجوعه ، القولان ، القديم ، والجديد . فعلى الجديد : يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن . فلو قبض نصف الثمن ، رجع في نصف العبد المبيع ، أو العبدين المبيعين .

فرع

لو أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بعضه ، ثم أفلس ، فالمذهب وبه قطع الجمهور : أنه كتلف بعض المبيع ، كما لو انصب . فعلى هذا إن ذهب نصفه ، أخذ الباقي بنصف الثمن ، وضارب بنصفه . وإن ذهب ثلثه ، أخذ بثلثيه وضارب بثلث الثمن. وقيل : وجهان . أصحهما : هذا . والثاني : أنه كتعيب المبيع ، فيرجع فيما بقي إن شاء ، ويقنع به . ولو كان بدل الزيت عصير ، فالأصح: أنه كالزيت . وقيل: تعيب قطعاً ، لأن الذاهب منه الماء ، ولا مالية له ، بخلاف الزيت . فاذا قلنا : بالأصح ، فكان العصير أربعة أرطال ، يساوي ثلاثة دراهم ، فأغلاها فصارت ثلاثة أرطال ، فيرجع في الباقي ، ويضارب بربع الثمن الذاهب ، ولا عبرة بنقص قيمة المغلي لو عادت إلى درهمين . فلو زادت فصارت أربعة، بني على أن الزيادة الحاصلة بالصنعة، عين، أم أثر ؟ إن قلنا : أثر ، فاز البائع بما زاد . وإن قلنا: عين ، قال القفال : الجواب كذلك . وقال غيره : يكون المفلس شريكا بالدرهم الزائد . فلو بقيت القيمة ثلاثة ، فان قلنا : الزيادة أثر ، فاز بها البائع . وإن قلنا : عين ، فكذلك عند القفال وعند غيره ، يكون المفلس شريكاً بثلاثة أرباع درهم ، فان هذا القدر ، هو قسط الرطل الذاهب ، فهذا هو المستمر على القواعد . ولصاحب « التلخيص » في المسألة كلام غلّطوه فيه .

فرع

لو كان المبيع داراً فانهدمت، ولم يتلف من نقضها شيء، فله حكم القسم الأول، كالعمى ونحوه. وإن تلف نقضها باحراق وغيره، فهو من القسم الثاني، كذا أطلقوه. ولك أن تقول: ينبغي أن يطرد فيه الخلاف السابق في تلف سقف الدار المبيعة قبل القبض، أنه كالتعيب، أو كتلف أحد العبدين.

الحال الثاني: التغير بالزيادة، وهو نوعان. أحدهما: الزيادات الحاصلة، لا من خارج، وهي ثلاثة أضرب.

أحدها: المتصلة من كل وجه، كالسِّمَن، وتعلم الصنعة، وكبر الشجرة، فلا عبرة بها. وللبائع الرجوع من غير شيء يلتزمه للزيادة، وهذا حكم الزيادات في جميع الأبواب، إلا الصداق، فان الزوج إذا طلق قبل الدخول، لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها.

الضرب الثاني: الزيادات المنفصلة من كل وجه، كالولد، واللبن، والثمرة؛ فيرجع في الأصل، وتبقى الزوائد للمفلس. فلو كان ولد الأمة صغيراً، فوجهان. أحدهما: أنه إن بذل قيمة الولد، أخذه مع الأم، وإلا، فيضارب لامتناع التفريق. وأصحها: إن بذل قيمة الولد، وإلا فيباعان ويصرف ما يخص الأم إلى البائع، وما يخص الولد إلى المفلس. وذكرنا وجهين، فيما إذا وجد الأم معيبة، وهناك ولد صغير: أنه يترك الرد وينتقل إلى الأرش، أو يحتمل التفريق للضرورة. وفيما إذا رهن الأم دون الولد، أنهما يباعان معاً، أو يحتمل التفريق. ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال التفريق، بل احتالوا في دفعه، فيجوز أن يقال: يجيء وجه التفريق هنا، لكن لم يذكروه اقتصاراً على الأصح، ويجوز أن يفرق بأن مال المفلس مبيع كله، مصروف إلى الغرماء، فلا وجه لاحتمال التفريق، مع إمكان المحافظة على جانب الراجع، وكون ملك المفلس مزالاً.

قلت : هذا الثاني هو الصواب، وبه قطع الجمهور تصريحا وتعريضا، وحكى صاحب « الحاوي » والمستظهري، وغيرهما وجهاً غريباً ضعيفاً : أنه يجوز التفريق بينهما للضرورة، كمسألة الرهن. وقالوا : ليس هو بصحيح، إذ لا ضرورة، وفرقوا بما سبق، فحصل أن دعوى الامام الرافعي ليست بمقبولة. والله أعلم

فرع

لو كان المبيع بذراً، فزرعه فنبت، أو بيضة فتفرخت في يده، ثم فلس، فوجهان. أصحها عند العراقيين وصاحب « التهذيب » : يرجع فيه، لأنه حدث من عين ماله، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى، فأشبه الوَدِيّ(١) إذا صار نخلاً. والثاني : ليس له الرجوع، لأن المبيع هلك، وهذا شيء جديد استجد اسماً، ويجري الوجهان في العصير إذا تخمر في يد المشتري، ثم تخلل، ثم فلس. ولو اشترى زرعاً أخضر مع الأرض، ففلس وقد اشتد الحب، فقيل بطرد الوجهين. وقيل : القطع بالرجوع.

الضرب الثالث : الزيادات المتصلة من وجه دون وجه، كالحمل. فان حدث بعد الشراء، وانفصل قبل الرجوع، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني. وإن كانت حاملاً عند الشراء والرجوع جميعاً، فهو كالسِّمن فيرجع فيها حاملاً. وإن كانت حاملاً يوم الشراء وولدت قبل الرجوع، ففي تعدي الرجوع إلى الولد، قولان، بناءً على أن الحمل يعرف، أم لا ؟ إن قلنا : نعم وهو الأظهر، رجع كما لو اشترى شيئين، وإلا، فلا، وإن كانت حائلاً عند الشراء، حاملاً عند الرجوع، فقولان أظهرهما عند الجمهور : يرجع فيها حاملاً، لأن الحمل تابع في البيع، فكذا هنا. والثاني : لا يرجع في الحمل، فعلى هذا : رجع في الأم على الأصح. وقيل: لا،

---

(١) الودي على وزن فعيل : صغار النخل، الواحدة : ودية.

بل يضارب . فان قلنا : يرجع في الأم فقط ، قال الشيخ أبو محمد : يرجع فيها قبل الوضع . فاذا ولدت ، فالولد للمفلس . وقال الصيدلاني وغيره : لا يرجع في الحال ، بل يصير إلى انفصال الولد ، ثم الاحتراز عن التفريق بين الام والولد ، طريقه ما سبق .

قلت : قول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين ، وصرح به صاحب « الحاوي » وغيره . قال صاحب « الحاوي » : ولا يلزم تسليمها إلى البائع ، لحق المفلس ، ولا إقرارها في يد المفلس أو غرمائه ، لحق البائع في الأم ، ولا يجوز أخذ قيمة الولد ، فتوضع الام عند عدل يتفقان عليه ، وإلا فيختار الحاكم عدلاً . قال : ونفقتها على البائع دون المفلس ، لأنه مالك الأم ، وسواء قلنا : تجب نفقة الحامل لحملها ، أم لا . قال أصحابنا : وحكم سائر الحيوانات الحائلة والحاملة حكم الجارية ، إلا أن في باقي الحيوانات ، يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير ، بخلاف الجارية . والله أعلم

فرع

استتار الثمار بالأكمة وظهورها بالتأبير ، قريبان من استتار الجنين وظهوره بالانفصال . وفيها الأحوال الأربع المذكورة في الجنين . أولها : أن يشتري نخلا عليها ثمرة غير مؤبَّرة ، وكانت عند الرجوع غير مؤبَّرة أيضاً . وثانيها : أن يشتريها ولا ثمرة عليها ، ثم حدث بها ثمرة عند الرجوع مؤبرة ، أو مدركة ، أو مجذوذة ، فحكمها ما ذكرناه في الحمل . وثالثها : إذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبرة ، وعند الرجوع مؤبرة ، فطريقان . أحدهما : أن أخذ البائع الثمرة على القولين في أخذ الولد إذا كانت حاملاً عند البيع ووضعت قبل الرجوع . والثاني : القطع بأخذها ، لأنها

وإن كانت مستترة ، فهي شاهدة موثوق بها ، قابلة للافراد بالبيع ، وكانت أحد مقصودي البيع ، فرجع فيها رجوعه في النخيل . ورابعها : إذا كانت النخلة عند الشراء غير مطلعة ، وأطلعت عند المشتري ، وكانت يوم الرجوع غير مؤبرة ، فقولان. أظهرهما وهو رواية المزني وحرملة : يأخذ الطلع مع النخل ، لأنه تبع في البيع ، فكذا هنا . والثاني : لا يأخذه وهو رواية الربيع ، لأنه يصح إفراده فأشبه المؤبرة . وقيل : لا يأخذه قطعاً . قال الشيخ أبو حامد : وعلى هذا قياس الثمرة التي لم تؤبر . فحيث أزال الملك باختياره بعوض ، ببيع مالم يؤبر . وإن زال قهراً بعوض ، كالشفعة ، والرد بالعيب ، فالتبعية على هذين القولين . وإن زال بلا عوض ، باختيار أو قهر ، كالرجوع بهبة الولد ، ففيه أيضاً القولان . وحكم باقي الثمرة وما يلتحق منها بالمؤبرة ، ومالا ، أوضحناه في البيع . فاذا قلنا برواية المزني ، فجرى التأبير والرجوع ، فقال البائع : رجعت قبل التأبير ، فالثمار لي ، وقال المفلس : بعده ، فالمذهب: أن القول قول المفلس مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرجوع حينئذ ، وبقاء الثمار له . قال المسعودي : ويخرج قول أن القول قوله بلا يمين ، بناءً على أن النكول ورد اليمين كالاقرار ، وأنه لو أقر ، لم يقبل إقراره . وفي قول : القول قول البائع ، لأنه أعرف بتصرفه .

قلت : ينبغي أن يجيء قول : أن القول قول السابق بالدعوى . وقول : أنهما إن اتفقا على وقت التأبير ، واختلفا في الفسخ ، فقول المفلس . وإن اتفقا على وقت الفسخ ، واختلفا في التأبير ، فقول البائع ، كالقولين في اختلاف الزوجين في انقضاء العدة ، والرجعة ، والاسلام . قال صاحب « الشامل » وغيره : وكذا لو قال البائع : بعتك بعد التأبير ، فالثمرة لي . وقال المشتري : قبله ، فالقول قول البائع مع يمينه ، وقد ذكرت هذه المسألة في اختلاف المتبايعين . والله أعلم

فـاذا حلف المفلس ، حلف على نفي العلم بسبق الرجوع على التأبير ، لا على نفي السبق .

قلت : فلو أقر البائع أن المفلس لايعلم تاريخ الرجوع ، سلّمت الثمرة للمفلس بلا يمين ، لأنه يوافقه على نفي علمه ، قاله الامام . والله أعلم

فان حلف ، بقيت الثمار له . وإن نكل ، فهل للغرماء أن يحلفوا ؟ فيه الخلاف السابق ، فيما إذا ادعى المفلس شيئاً ولم يحلف . فان قلنا : لا يحلفون وهو المذهب؛ أو يحلفون ، فنكلوا ، عرضت اليمين على البائع ، فان نكل ، فهو كما لو حلف المفلس . وإن حلف ، فان جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبينة ، فالثمرة له . وإن جعلناها كالاقرار ، فعلى القولين في قبول إقرار المفلس في مزاحمة المقر له الغرماء . فان لم يقبله ، صرفت الثمار إلى الغرماء . فان فضل شيء ، أخذه البائع بحلفه السابق . هذا إذا كذب الغرماء البائع ، كما كذبه المفلس . فان صدقوه ، لم يقبل قولهم على المفلس، بل إذا حلف ، بقيت الثمار له ، وليس لهم طلب قسمتها ، لأنهم يزعمون أنها للبائع ، وليس له التصرف فيها ، للحجر ، واحتمال أن يكون له غريم آخر ، لكن له إجبارهم على أخذها إن كانت من جنس حقهم ، أو إبراء ذمته من ذلك القدر ، هذا هو الصحيح ، كما لو جاء المكاتب بالنجم ، فقال السيد : غصبته ، فيقال : خذه ، أو أبرئه عنه. وفي وجه : لا يجبرون ، بخلاف المكاتب ، لأنه يخاف العود إلى الرق إن لم يأخذه، وليس على المفلس كبير ضرر . وإذا اجبروا على أخذها ، فللبائع أخذها منهم لاقرارهم . وإن لم يجبروا وقسمت أمواله ، فله طلب فك الحجر إذا قلنا : لا يرتفع بنفسه . ولو كانت من غير جنس حقوقهم ، فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريعاً على الاجبار ، لم يتمكن

البائع من أخذه منهم ، بل عليهم رده إلى المشتري . فان لم يأخذه ، فهو مال ضائع.
قلت : هذا هو الصحيح المعروف . وفي « الحاوي » وجه شاذ : أنه يجب عليهم دفع الثمن إلى البائع ، لأنه بدل الثمرة فأعطي حكمها ، والصواب ما سبق . والله أعلم

ولو كان في المصدقين عدلان شهدا للبائع بصيغة الشهادة وشرطها ، أو عدل وحلف معه البائع ، قضي له . كذا أطلق الشافعي رضي الله عنه وجماهير الأصحاب ، وأحسن بعض الشارحين للمختصر ، فحمله على ما إذا شهدا قبل تصديق البائع . ولو صدق بعض الغرماء البائع ، وكذبه بعضهم ، فللمفلس تخصيص المكذبين بالثمرة . فلو أراد قسمتها على الجميع ، فوجهان . قال أبو إسحاق : له ذلك ، كما لو صدقه الجميع . وقال الأكثرون : لا ، لأن المصدق يتضرر ، لكون البائع يأخذ منه ما أخذ ، والمفلس لا يتضرر بعدم الصرف إليه ، لامكان الصرف إلى من كذب ، بخلاف ما إذا صدقه الجميع . وإذا صرف إلى المكذبين ، ولم يف بحقوقهم ، ضاربوا المصدقين في باقي الأموال ببقية دينهم مؤاخذة لهم على الأصح المنصوص - وفي وجه : بجميع ديونهم - لأن زعم المصدقين ، أن شيئاً من ديون المكذبين لم يتأدَّ . هذا كله إذا كذب المفلس البائع ، فلو صدقه ، نظر ، إن صدقه الغرماء أيضاً ، قضي له . وإن كذبوه وزعموا أنه أقر بمواطأة ، فعلى القولين في إقراره بعين أو دين . إن قلنا : لا يقبل ، فللبائع تحليف الغرماء أنهم لا يعرفون رجوعه قبل التأبير على المذهب . وقيل : في تحليفهم القولان في حلف الغرماء على الدين ، وهو ضعيف ، لأن اليمين هنا توجهت عليهم ابتداءً ، وهناك ينوبون عن المفلس . واليمين لا تجري فيها النيابة .
قلت : وليس للغرماء تحليف المفلس ، لأن المقر لا يمين عليه فيما أقر به ، قاله في « الحاوي » وغيره . والله أعلم

فرع

الاعتبار في انفصال الجنين وتأبير الثمار بحال الرجوع دون الحجر ، لأن ملك المفلس باقٍ إلى أن يرجع البائع .

فصـــل

متى رجـع البائع في الشجر وبقيت الثمار للمفلس ، فليس له قطعهـا ، بل عليه إبقاؤها إلى الجداد ، وكذا لو رجع في الأرض وهي مزروعة بزرع المفلس ، يترك إلى الحصاد ، كما لو اشترى أرضاً مزروعة ، لم يكن له تكليف البائع قلعه . ثم إذا أبقي الزرع ، فلا أجرة على المذهب . وحـكي قول مخرّج مما لو بنى أو غرس ، فان للبائع الابقاء بأجرة ، ثم الكلام في طلب الغرماء والمفلس ، القطع ، أو الجداد والحصاد على ما سبق .

فرع

متى ثبت الرجوع في الثمار بالتصريح ببيعها مع الشجر ، أو قلنا به في الحـالة الثالثة والرابعة ، فتلفت الثمار بجائحة ، أو أكل أو غيرهما ، ثم فلس ، أخذ البائـع الشجر بحصتها من الثمن ، وضارب بحصة الثمر ، فتقوّم الشجر وعليها الثمر ، فيقال مثلاً : قيمتها مائة ، وتقوّم وحدها فيقال : تسعون ، فيضارب بعشر الثمن . فان حصل في قيمتها انخفاض أو ارتفاع ، فالصحيـح أن الاعتبار في الثمار بالأقل من قيمتي يومي العقد والقبض ، لأنها إن كانت يوم القبض أكثر ، فالنقص قبله كان من ضمان البائع ، فلا يحسب على المشتري . وإن كانت يوم العقد أقل ، فالزيادة ملك المشتري ، وتلفت ،

فلا حق للبائع فيها . وفي وجه شاذ : يعتبر يوم القبض . وأما الشجر ، ففيها وجهان . أحدهما : يعتبر أكثر القيمتين ، لأن المبيع بين العقد والقبض من ضمان البائع ، فنقصه عليه ، وزيادته المشتري ، فيأخذ بالأكثر ، ليكون النقص محسوباً عليه . كما أن في الثمرة الباقية على المشتري ، يعتبر الأقل ، ليكون النقص محسوباً عليه . والثاني : يعتبر يوم العقد قل أم كثر ، لأن ما زاد بعده فهو من الزيادات المتصلة ، وعين الأشجار باقية ، فيفوز بها البائع ، ولا يحسب عليه . وهذا الثاني ، هو المنقول في « التهذيب » و « التتمة » وبالأول جزم الصيدلاني وغيره ، وصححه الغزالي . مثال ذلك ، قيمة الشجر يوم البيع عشرة ، وقيمة الثمر خمسة . فلو لم تختلف القيمة ، لأخذ الشجرة بثلثي الثمن ، وضارب للثمرة بالثلث . وإن زادت قيمة الثمرة وكانت يوم القبض عشرة ، فعلى الصحيح ، هو كما لو كانت بحالها اعتبارا لأقل قيمتها . وعلى الشاذ : يضارب بنصف الثمن . ولو نقصت وكانت يوم القبض درهمين ونصفاً ، ضارب بخمس الثمن . فلو زادت قيمة الشجر أو نقصت ، فالحكم على الوجه الثاني ، كما لو بقيت بحالها . وعلى الأول كذلك إن نقصت . وإن زادت ، فكانت خمسة عشر ، ضارب بربع الثمن . قال الامام : وإذا اعتبرنا في الثمار أقل القيمتين فتساوتا ، ولكن بينهما نقص . فان كان لمجرد انخفاض السوق ، فلا عبرة به . وإن كان لعيب طرأ وزال ، فكذلك على الظاهر . كما أنه يسقط بزواله حق الرد بالعيب . وإن لم يزل العيب ، لكن عادت قيمته إلى ما كان بارتفاع السوق ، فالذي أراه ، اعتبار قيمته يوم العيب ، لان النقص من ضمان البائع ، والارتفاع بعده في ملك المشتري ، فلا يجبره . قال : وإذا اعتبرنا في الشجر أكثر القيمتين ، فكانت قيمته يوم العقد مائة ، ويوم القبض مائة وخمسين ، ويوم رجوع البائع مائتين ، فالوجه: القطع باعتبار المائتين . ولو كانت قيمتها يومي العقد والقبض ما ذكرناه ، ويوم الرجوع مائة، اعتبر يوم الرجوع ، لأن ما طرأ من زيادة ونقص وزال ،

ليس ثابتاً يوم العقد حتى يقول:إنه وقت المقابلة ، ولا يوم أخذ البائع ليحسب عليه.

فرع

سبيل التوزيع في كل صورة تلف فيها أحد الشيئين المبيعين ، واختلفت القيمة وأراد الرجوع إلى الباقي ،على ما ذكرناه في الأشجار والثمار بلا فرق .

النوع الثاني من الزيادات : ما التحق بالمبيع من خارج ، وينقسم إلى عين محضة ، وصفة محضة ، ومركّب منها . الضرب الأول : العين المحضة ، ولها حالان . أحدها : أن تكون قابلة للتمييز عن المبيع ، كمن اشترى أرضاً فغرس فيها ، أو بنى ، ثم فلس قبل أداء الثمن ، فاذا اختار البائع الرجوع في الأرض ، نظر ، إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتسليم الأرض بيضاء ، رجع فيها وقلعوا ، وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس والبناء ليتملكها مع الارض . وإذا قلعوا ، وجب تسوية الحفر من مال المفلس ، وإن حدث في الأرض نقص بالقلع ، وجب أرشه في ماله . قال الشيخ أبو حامد : يضارب به . وفي « المهذب » و « التهذيب » : أنه يقدّم به ، لأنه لتخليص ماله . وإن قال المفلس : يقلع . وقال الغرماء : نأخذ القيمة من البائع ليتملكه ، أو بالعكس ، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء ، أجيب مَن في قوله المصلحة . فان امتنعوا جميعاً من القلع ، لم يجبروا ، لأنه غير متعد . ثم ينظر ، إن رجع على أن يتملك البناء والغراس بقيمتها ، أو يقلع ويغرم أرش النقص ، فله ذلك ، لأنه يندفع به الضرر من الجانبين ، والاختيار فيها إليه ، وليس للغرماء والمفلس الامتناع ، بخلاف ما سبق في الزرع ، لأن له أمداً قريباً . وإن أراد الرجوع في الأرض وحدها ، لم يكن له ذلك على الأظهر ، لأنه ينقص قيمة البناء والغراس ، ويضرهم ، والضرر لا يزال بالضرر . وفي قول : له ذلك ، كما لو صبغ المشتري الثوب

ثم فلس ، يرجع البائع في الثوب فقط . وقيل : إن كانت الارض كثيرة القيمة والبناء والغراس مستحقرين بالاضافة إليها ، كان له ذلك . وإن كان عكسه ، فلا، إتباعاً للأقل الأكثر . وقيل : إن أراد الرجوع في البياض المتخلل بين البناء والشجر ، ويضارب للباقي بقسطه من الثمن ، كان له . وإن أراد الرجوع في الجميع ، فلا ،فان قلنا بالأظهر ، فالبائع يضارب بالثمن ، أو يعود (١) إلى بذل قيمتها أو قلعها مع غرامة أرش النقص . وإن مكناه من الرجوع فيها ، فوافق الغرماء والمفلس ، وباع الأرض معهم حين باعوا البناء ، فذاك . وطريق التوزيع ، ما سبق في الرهن . وإن امتنع ، لم يجبر على الأظهر ، وإذا لم يوافقهم ، فباعوا البناء والغراس ، بقي للبائع ولاية التملك بالقيمة ، والقلع مع الأرش ، وللمشتري الخيار في البيع إن كان جاهلاً بحال ما اشتراه ، هذا الذي ذكرناه في هذا الضرب ، هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها ، وهو الصواب المعتمد . وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال.

أحدها : لا رجوع بحال . والثاني : تباع الأرض والبناء رفقاً بالمفلس . والثالث: يرجع في الارض ويتخير بين ثلاث خصال ؛ تملك البناء والغراس بالقيمة ، وقلعها مع التزام أرش النقص ، وإبقاؤهما بأجرة المثل ، يأخذها من ملكها . وإذا عين خصلة، فاختار الغرماء والمفلس غيرها ، أو امتنعوا من الكل ، فوجهان في أنه يرجع إلى الأرض ، ويقلع مجاناً ، أو يجبرون على ما عينه . والرابع : إن كانت قيمة البناء أكثر ، فالبائع فاقد عين ماله . وإن كانت قيمة الأرض أكثر ، فواجد . هذا نقل الامام ، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأول ، وهذا النقل شاذ منكر لا يعرف ، وليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال ؟!

فرع

اشترى الأرض من رجل ، والغراس من آخر ، وغرسه فيها ، ثم فلس ، فلكل

(١) وفي هامش الأصل ما نصه : قوله « يعود » إشارة إلى أنه لو امتنع من ذلك ثم عاد إليه مكن .

الرجوع إلى عين ماله . فان رجعا وأراد صاحب الغراس القلع ، مكّن وعليه تسوية الحفر وأرش نقص الأرض إن نقصت . وإن أراده صاحب الأرض ، فكذلك إن ضمن أرش النقص ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : المنع ، لانه غرس محترم ، كغرس المفلس . والثاني : له ، لانه باع الغرس مفرداً ، فيأخذه كذلك .

الحال الثاني : أن لا تكون الزيادة قابلة للتمييز ، كخلط ذوات الأمثال بعضها ببعض ، فاذا اشتري صاع حنطة أو رطل زيت ، فخلطه بحنطة ، أو زيت ، ثم فلس ، فان كان مثله ، فللبائع الفسخ ، وتملك صاع من المخلوط ، وطلب القسمة . وإن طلب البيع ، فهل يجاب ؟ وجهان . أصحها : لا ، كما لايجاب الشريك . والثاني : نعم ، لأنه لا يصل بالقسمة إلى عين حقه ، ويصل بالبيع إلى بدل حقه ، وقد يكون له غرض . وإن كان المخلوط أردأ من المبيع ، فله الفسخ والرجوع في قدر حقه من المخلوط . وفي كيفيته وجهان . أحدهما : يباع الجميع ، ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين ، لأنه لو أخذ صاعاً ، نقص حقه . ولو أخذ أكثر ، حصل الربا . فعلى هذا ، إن كان المبيع يساوي درهمين ، والمخلوط به درهماً ، قسم الثمن أثلاثاً . وأصحها : ليس له إلا أخذ صاع ، أو المضاربة ، لأنه نقص حصل في المبيع ، كتعيب العبد . وخرج قول أن الخلط بالمثل والأردإ يمنع الرجوع ، وليس بشيء . وإن كان المخلوط به أجود ، فأقوال . أظهرها : ليس له الرجوع ، بل يضارب بالثمن . والثاني : يرجع ويباعان ، ثم يوزع الثمن على نسبة القيمة . والثالث : يوزع نفس المخلوط بينهما باعتبار القيمة . فاذا كان المبيع يساوي درهماً ، والمخلوط به درهمين ، أخذ ثلثي صاع ، وهذا القول أضعفها ، وهو رواية البويطي والربيع .

فرع

قال الامام : إذا قلنا : الخلط يلحق المبيع بالمفقود ، فكان أحد الخليطين كثيراً ،

والآخر قليلاً ، لا تظهر به زيادة في الحس ، ويقع مثله بين الكيلين ، فان كان الكثير للبائع ، فالوجه :القطع بكونه واجداً عين ماله ، وإن كان الكثير للمشتري، فالظاهر كونه فاقداً .

فرع

لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع ، كالزيت بالشيرج ، فلا فسخ ، بل هو كالتالف ، وفيه احتمال للامام.

الضرب الثاني : الصفة المحضة .فاذا اشترى حنطةً فطحنها ، أو ثوباً فقصره ، أو خاطه بخيوط من نفس الثوب ، ثم فلس ، فللبائع الرجوع فيه . ثم إن لم تزد قيمته ، فلا شركة للمفلس ، وإن نقصت ، فلا شيء للبائع غيره ، وإن زادت، فقولان . أحدهما : أن هذه الزيادة أثر ، ولا شركة للمفلس ، لأنها صفات تابعة، كسمن الدابة بالعلف ، وكبر الوَدِيّ[1]بالسقي . وأظهرهما :أنها عين ، والمفلس شريك بها ، لأنها زيادة بفعل محترم متقوَّم ، ويجري القولان ، فيما لو اشترى دقيقاً فخبزه ، أو لحماً فشواه ،أو شاة فذبحها، أو أرضاً فضرب من ترابها لبِنَاً أو عرصة، وآلات البناء فبنى بها داراً. أما تعليم العبد القرآن ، والحرفة ، والكتابة ، والشعر المباح ، ورياضة الدابة ، فالأصح أنها على القولين.وقيل : هي أثر قطعاً، كالسمن. وضبط صور القولين ، أن يصنع به ما يجوز الاستئجار عليه ، فيظهر به أثر فيه. وإنما اعتبرنا الأثر ، لأن حفظ الدابة وسياستها ، يجوز الاستئجار عليه، ولا تثبت به مشاركة المفلس ، لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة . فان قلنا : أثر ، أخذ البائع المبيع بزيادته . وإن قلنا : عين،بيع وللمفلس بنسبة ما زاد في قيمته. مثاله ، قيمة الثوب خمسة،وبلغ بالقصارة ستة،فللمفلس سدس الثمن.فلو ارتفعت القيمة ،

---

(١) الودي : صغار النخل .

أو انخفضت بالسوق ، فالزيادة والنقص بينهما على هذه النسبة . فلو ارتفعت قيمة الثوب دون القصارة ، بأن صار مثل ذلك الثوب يساوي غير مقصور ستة ، ومقصوراً سبعة ، فللمفلس سبع الثمن فقط . فلو زادت قيمة القصارة دون الثوب ، بأن كان مثل هذا الثوب يساوي مقصوراً سبعة ، وغير مقصور خمسة ، فللمفلس سبعان من الثمن . وعلى هذا القياس . ويجوز للبائع أن يمسك المبيع ، ويمنع من بيعه ، ويبذل المفلس حصة الزيادة ، كذا نقل في « التهذيب » وغيره ، كما تبذل قيمة البناء والغراس . ومنعه في « التتمة » لأن الصفة لا تقابل بعوض .

قلت : الاصح : نقل صاحب « التهذيب »، وبه قطع صاحبا « الشامل » و « البيان » . وقال صاحب « الحاوي » : ولا يسلم هذا الثوب إلى البائع ، ولا المفلس ، ولا الغرماء ، بل يوضع عند عدل حتى يباع كالجارية الحامل . والله أعلم

فرع

إذا استأجر المفلس أو غيره على القصارة ، أو الطحن ، فعمل الأجير عمله ، فهل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الاجرة ؟ إن قلنا : القصارة وما في معناها أثر ، فلا . وإن قلنا : عين ، فنعم . كما للبائع حبس المبيع ، لاستيفاء الثمن ، وبه قال الأكثرون .

قلت : هكذا أطلق المسألة كثيرون ، أو الأكثرون ، ونص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » والشيخ أبو حامد ، والماوردي ، وغيرهم ، على أنه ليس للأجير حبسه ، ولا لصاحب الثوب أخذه ، بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الاجرة ، أو يباع لهما . وهذا الذي قالوه ليس مخالفا لما سبق . فان جعله عند العدل ، حبس . لكن ظاهر كلام الأكثرين : أن الأجير يحبسه في يده . والله أعلم

الضرب الثالث : ما هو عين من وجه ، وصفة من وجه ، كصبغ الثوب، ولتّ السويق وشبهها . فاذا اشترى ثوباً وصبغه ، فان نقصت القيمة ، أو لم تزد ، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني . وإن زادت ، فقد تزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقل ، أو أكثر .

الحال الأول : مثل أن يكون الثوب يساوي أربعة ، والصبغ درهمين ، وصارت قيمته مصبوغاً ستة ، فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب ، ويكون المفلس شريكاً له في الصبغ،فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثاً.وهل يقول: كل الثوب للبائع، وكل الصبغ للمفلس، كما لو غرس ؟ أو يقول : يشتركان فيهما جميعاً بالأثلاث لتعذر التمييز كخلط الزيت ؟ فيه وجهان .

الحال الثاني : مثل أن تصير قيمته مصبوغاً خمسة ، فالنقص محال على الصبغ، لأنه هالك في الثوب ، والثوب بحاله ، فيباع ، وللبائع أربعة أخماس الثوب ، وللمفلس خمس .

الحال الثالث : مثل أن تصير قيمته مصبوغاً ثمانية ، فالزيادة حصلت بصنعة الصبغ . فان قلنا: الصنعة عين،فالزيادة مع الصبغ للمفلس،فيجعل الثمن بينهما نصفين. وإن قلنا : أثر ، فوجهان . أحدهما : يفوز البائع بالزيادة ، فله ثلاثة أرباع الثمن، وللمفلس ربع . وأصحهما وبه قال الأكثرون : يكون للبائع ثلثا الثمن ، وللمفلس ثلثه ، لأن الصنعة اتصلت بهما ، فوزعت عليهما . ولو صارت قيمته مصبوغاً ستة عشر مثلاً،أو رغب فيه رجل فاشتراه،ففي كيفية القسمة ، هذه الأوجه الثلاثة . ثم مايستحقه المفلس من الثمن للبائع،دفعه ليخلص له الثوب مصبوغاً.ومنع ذلك صاحب « التتمة » كما سبق. هذا كله إذا صبغه بصبغ نفسه .أما إذا اشترى ثوباً وصبغاً من رجل ، فصبغه به ، ثم فلس ، فللبائع الرجوع فيهما ،إلا أن تكون قيمته بعد الصبغ كقيمة الثوب قبل الصبغ أو دونها ، فيكون فاقداً للصبغ . فان زادت القيمة ، بأن كانت قيمة الثوب أربعة ، والصبغ درهمين،

فصارت مصبوغاً ثمانية ، وقلنا : الصنعة أثر ، أخذه ،ولا شيء للمفلس . وإن قلنا: عين ، فالمفلس شريك بالربع . ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته ، والصبغ من آخر بدرهمين وهما قيمته، وصبغه ، وأراد البائعان الرجوع ، فان كان مصبوغاً لا يزيد على أربعة ، فصاحب الصبغ فاقد ماله ، وصاحب الثوب واجد ماله ، بكماله إن لم ينقص عن أربعة ، وناقصاً إن نقص . فان زاد على أربعة ، فصاحب الصبغ أيضاً واجد ماله، بكماله إن بلغت الزيادة درهمين ، وناقصاً إن لم تبلغهما . وإن كانت قيمته مصبوغاً ثمانية ، فان قلنا : الصنعة أثر ، فالشركة بين البائعين ، كهي بين البائع والمفلس إذا صبغه بصبغ نفسه . وإن قلنا : عين ، فنصف الثمن لبائع الثوب ، وربعه لبائع الصبغ ، والربع للمفلس . ولو اشترى صبغاً وصبغ به ثوباً له ،فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغاً على ما كانت قبل الصبغ ، وإلا ، فهو فاقد . وإذا رجع ، فالقول في الشركة بينهما كما سبق .

قلت : وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبغ ، فوجهان . أصحهما وهو قول أكثر الأصحاب على ما حكاه صاحب « البيان » : أنه إن شاء قنع به ولا شيء له غيره ، وإن شاء ضارب بالجميع . والثاني : له أخذه والمضاربة بالباقي . وبهذا قطع في « المهذب » و « الشامل » و « العدة » وغيرها . والله أعلم

فرع

حكم صبغ الثوب ، كالبناء والغراس . فلو قال المفلس والغرماء : نقلعه ونغرم نقص الثوب ، قال ابن كج : لهم ذلك .

فرع

ما ذكرناه من القطع بالشركة بالصبغ ، إذا لم يحصل ، هو على إطلاقه ، سواء

أمكن تمييز الصبغ من الثوب ، أو صار مستهلكاً . وفي وجه : إذا صار مستهلكاً ، صار كالقصارة في أنه عين أم أثر .

فرع

إذا اشترى ثوباً ، واستأجر قصَّاراً فقصره ، ولم يوفه أجرته حتى فلس ، فان قلنا: القصارة أثر ، فليس للأجير إلا المضاربة بالاجرة ، وللبائع الرجوع في الثوب مقصوراً ، ولا شيء عليه لما زاد . وقال صاحب « التلخيص » : عليه أجرة القصَّار ، فكأنه استأجره . وغلطه الأصحاب فيه . وإن قلنا : عين ، نظر ، إن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان قبل القصارة ، فالأجير فاقد عين ماله . وإن زادت ، فلكل من البائع والأجير ، الرجوع إلى عين ماله . فلو كانت قيمة الثوب عشرة ،والاجرة درهم ، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر ، بيع . وللبائع عشرة ، وللأجير درهم، والباقي للمفلس . ولو كانت الأجرة تساوي خمسة دراهم ، والثوب بعد القصارة يساوي أحد عشر ، فان فسخ الأجير الاجارة ، فعشرة للبائع ، ودرهم الأجير ، ويضارب بأربعة . وإن لم يفسخ ، فعشرة للبائع ، ودرهم للمفلس ، ويضارب الأجير بالخمسة . وحكى في « الوسيط » وجهاً : أنه ليس للأجير إلا القصارة الناقصة ، أو المضاربة ، كما هو قياس الأعيان . ولم أر هذا النقل لغيره ، فالمعتمد ما سبق . ولو كانت قيمة الثوب عشرة ، واستأجر صباغاً صبغه بصبغ قيمته درهم ، فصارت قيمته خمسة عشر ، فالأربعة الزائدة حصلت بالصنعة ، فيجري فيها القولان في أنها عين أو أثر . فان رجع البائع والصباغ ، بيع بخمسة عشر ، وقسم على أحد عشر إن قلنا : أثر . وإن قلنا : عين ، فلها أحد عشر ، والأربعة للمفلس . ولو كانت بحالها، وبيع بثلاثين ، قال ابن الحداد : للبائع عشرون ، وللصباغ درهمان ، وللمفلس ثمانية.

وقال غيره : يقسم الجميع على أحد عشر ، عشرة للبائع ، ودرهم للصباغ ، ولا شيء للمفلس . قال أبو علي : الأول جواب على قولنا : عين . والثاني : على أنها أثر . ولو كانت قيمة الثوب عشرة ، واستأجره على قصارته بدرهم ، وصارت قيمته مقصوراً خمسة عشر ، فبيع بثلاثين ، قال الشيخان أبو محمد والصيدلاني وغيرهما تفريعاً على العين : إنه [١] يتضاعف حق كل منهم ، كما قاله ابن الحداد في الصبغ . قال الامام: ينبغي أن يكون للبائع عشرون ، وللمفلس تسعة ، وللقصار درهم كما كان ، ولا يزيد حقه ، لأن القصارة غير مستحقة للقصار . وإنما هي مرهونة بحقه ، وهذا استدراك حسن .

فرع

لو قال الغرماء للقصار : خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب ، أجبر على الأصح ، كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن ، فكأن هذا القائل يعطي القصارة حكم العين من كل وجه .

فصل

لو أخفى المديون بعض ماله ، ونقص الموجود عن دينه فحجر عليه ، ورجع أصحاب الأمتعة فيها ، وقسم باقي ماله بين غرمائه ، ثم علمنا إخفاءه ، لم ينقص شيء من ذلك ، لأن للقاضي بيع مال الممتنع وصرفه في دينه . والرجوع في عين المبيع بامتناع المشتري من أداء الثمن ، مختلف فيه . فاذا حكم به ، نفذ ، كذا قاله في « التتمة » وفيه توقف ، لأن القاضي ربما لا يعتقد جواز ذلك .

(١) في الأصل : إنها .

فصل

من له الفسخ بالافلاس ، لو ترك الفسخ على مال ،لم يثبت المال . فان كان جاهلاً بجوازه ، ففي بطلان حقه من الفسخ ، وجهان كما سبق في الرد بالعيب .



كتاب الحجر

هو نوعان. حجر شرع لغيره ، وحجر لمصلحة نفسه .

الأول : خمسة أضرب . حجر الراهن لحق المرتهن ، وحجر المفلس لحق الغرماء ، وحجر المريض للورثة ، وحجر العبد لسيده ، وكذا المكاتب لسيده ولله تعالى . وخامسها : حجر المرتد لحق المسلمين . وهذه الأضرب خاصة لا تعم التصرفات ، بل يصح من هؤلاء المحجورين ، الاقرار بالعقوبات ، وكثير من التصرفات، وهي مذكورة في أبوابها .

النوع الثاني : ثلاثة أضرب . أحدها : حجر المجنون ، ويثبت بمجرد الجنون، ويرتفع بالافاقه ، وتنسلب به الولايات واعتبار الأقوال كلها . ومن عامله ، أو أقرضه، فتلف المال عنده ، أو أتلفه ، فمالكه هو المضيّع . وما دام باقياً يجوز استرداده . والثاني : حجر الصبي . قال في « التتمة » : ومن له أدنى تمييز ، ولم يكمل عقله، فهو كالصبي المميز . وتدبيره ووصيته ، يأتي بيانهما إن شاء الله تعالى . وقد سبق إذنه في الدخول وحمله الهدية . والثالث : حجر السفيه المبذّر ، والضرب الأول أعم من الثاني . والثاني أعم من الثالث . ومقصود الكتاب هذه الأضرب ، والثالث معظم المقصود .

فصل

فيما يزول به حجر الصبي

قال جماعة : ينقطع حجر الصبي بالبلوغ رشيداً . ومنهم من يقول : حجر الصبي

ينقطع بمجرد البلوغ ، وليس هذا اختلافاً محققاً ، بل من قال بالأول ، أراد الاطلاق الكلّيّ ، ومن قال بالثاني ، أراد الحجر المخصوص بالصبي ، وهذا أولى ، لأن الصبى سبب مستقل بالحجر ، وكذلك التبذير . وأحكامها متغايرة . ومن بلغ مبذّراً ، فحكم تصرفه حكم تصرف السفيه ، لا حكم تصرف الصبي .

فرع

للبلوغ أسباب . منها مشترك بين الرجال والنساء ، ومختص بالنساء .

أما المشترك ، فمنه السن . فاذا استكمل المولود خمس عشرة سنة قمرية ، فقد بلغ . وفي وجه : يبلغ بالطعن في الخامسة عشرة ، وهو شاذ ضعيف .

السبب الثاني : خروج المني ويدخل وقت إمكانه باستكمال تسع سنين ، ولا عبرة بما ينفصل قبلها ، هذا هو الصحيح المعتمد . وفي وجه : إنما يدخل بمضي نصف السنة العاشرة . وفي وجه : باستكمال العاشرة . ولنا وجه : أن المني لا يكون بلوغاً في النساء ، لأنه نادر فيهن . وعلى هذا ، قال الامام : الذي يتجه عندي : أنه لا يلزمها الغسل . وهذا الوجه شاذ ، وفيما قاله الامام نظر .

السبب الثالث : إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في الكفار . وهل هو حقيقة البلوغ ، أم دليله ؟ قولان . أظهرهما : الثاني . فان قلنا بالأول ، فهو بلوغ في المسلمين أيضاً . وإن قلنا بالثاني ، فالأصح أنه ليس ببلوغ .

قلت : اختلف أصحابنا فيما يفتى به في حق المسلمين ، واختار الامام الرافعي في « المحرر » أنه لا يكون بلوغاً . والله أعلم

ثم المعتبر شعر خشن يحتاج في إزالته إلى حلق، فأما الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر، فلا أثر له. وأما شعر الابط، واللحية، والشارب، فقيل: كالعانة. وقيل: لا أثر لها قطعاً. وألحق صاحب «التهذيب» الابط بالعانة دون اللحية والشارب.

قلت: ويجوز النظر إلى منبت عانة من احتجنا إلى معرفة بلوغه بها للضرورة، هذا هو الصحيح. وقيل: تمس من فوق حائل. وقيل: يلصق بها شمع ونحوه ليعتبر بلصوقه به وكلاهما خطأ، إذ يحتمل أنه حلقه، أو نبت شيء يسير. والله أعلم

وأما ثقل الصوت، ونهود الثدي، ونتوء طرف الحلقوم، وانفراق الأرنبة، فلا أثر لهـــا على المذهب. وطرد في «التتمة» فيهـا الخلاف. وأما مـا يختص بالنساء، فاثنان. أحدهما: الحيض فهو لوقت الامكان، بلوغ. والثاني: الحبل، فانه مسبوق بالانزال، لكن لا نستيقن الولد إلا بالوضع. فاذا وضعت، حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء. فان كانت مطلّقة، وأتت بولد يلحق الزوج، حكمنا ببلوغها قبل الطلاق.

فرع

الخنثى المشكل، إذا خرج من ذكره ما هو بصفة المني، ومن فرجه ما هو بصفة الحيض، حكم ببلوغه على الأصح، لأنه ذكر أمنى، أو انثى حاضت. والثاني: لا، للتعارض. وإن وجد أحد الأمرين فقط، أو أمنى وحاض بالفرج، فقطع الجمهور بأنه ليس ببلوغ، لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه. والحق، ما قاله

الامام ، أنه ينبغي أن يحكم ببلوغه بأحدهما ، كما يحكم بذكورته وأنوثته . ثم إن ظهر خلافه ، غيرنا الحكم .

قلت : قال صاحب « التتمة » إذا أنزل الخنثى من ذكره ، أو خرج الدم من فرجه مرة ، لم يحكم ببلوغه . فان تكرر ، حكم به . وهذا الذي قاله حسن ، وإن كان غريباً . والله أعلم

فرع

وأما الرشد ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : هو إصلاح الدّين والمال ، والمراد بالصلاح في الدين : أن لا يرتكب محرماً يسقط العدالة ، وفي المال : أن لا يبذر. فمن التبذير تضييع المال بالقائه في البحر ، أو احتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها ، وكذا الانفاق في المحرمات . وأما الصرف في الأطعمة النفيسة التي لاتليق بحاله ، فقال الامام ، والغزالي : هو تبذير . وقال الأكثرون : لا ، لأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ . وكذا القول في التجمل بالثياب الفاخرة ، والاكثار من شراء الجواري، والاستمتاع بهن ، وما أشبه ذلك . وأما الصرف إلى وجوه الخير ، كالصدقات ، وفك الرقاب ، وبناء المساجد والمدارس ، وشبه ذلك ، فليس بتبذير ، فلا سرف في الخير ، كما لا خير في السرف . وقال الشيخ أبو محمد : إن بلغ الصبي وهو مفرط بالانفاق في هذه الوجوه ، فهو مبذر . وإن عرض ذلك بعد بلوغه مقتصداً ، لم يصر مبذراً ، والمعروف للأصحاب ما سبق . وبالجملة التبذير على ما نقله معظم الأصحاب محصور في التضييعات وصرفه في المحرمات .

فرع

لا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله في الرشد وعدمه . ويختلف بطبقات الناس ، فولد التاجر يختبر في البيع والشراء والمماكسة فيها ، وولد الزارع في أمر الزراعة والانفاق على القوّام بها ، والمحترف فيما يتعلق بحرفته ، والمرأة في أمر القطن والغزل وحفظ الأقمشة وصون الأطعمة عن الهرة والفأرة وشبهها من مصالح البيت . ولا تكفي المرة الواحدة في الاختبار ، بل لا بد من مرتين فأكثر بحيث يفيد غلبة الظن برشده . وفي وقت الاختبار . وجهان . أحدهما : بعد البلوغ . وأصحهما : قبله. وعلى هذا في كيفيته وجهان . أصحها (١) : يدفع إليه قدر من المال ، ويمتحن في المماكسة والمساومة ، فاذا آن الأمر إلى العقد ، عقد الولي . والثاني : يعقد الصبي ويصح منه هذا العقد للحاجة . ولو تلف في يده المال المدفوع إليه للاختبار، فلا ضمان على الولي .

قلت : والصبي الكافر كالمسلم في هذا الباب ، فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم ، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . والله أعلم

فصل

إن بلغ الصبي غير رشيد لاختلال صلاح الدين ، أو المال ، بقي محجوراً عليه، ولم يدفع إليه المال . وفي « التتمة » وجه ، أنه إن بلغ مصلحاً لماله ، دفع إليه وصح تصرفه فيه ، وإن كان فاسقاً . وإن بلغ مفسداً لماله ، منع منه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، وهذا الوجه شاذ ضعيف ، والصواب ما تقدم وعليه التفريع، فيستدام الحجر عليه ، ويتصرف في ماله من كان يتصرف قبل بلوغه . وإن بلغ

(١) في مخطوطة الظاهرية : أحدهما .

رشيداً ، دفع إليه ماله . وهل ينفك الحجر بنفس البلوغ والرشد ؟ أم يحتاج إلى فك ؟ وجهان . أصحهما : الأول لأنه لم يثبت بالحاكم ، فلم يتوقف عليه ، كحجر المجنون ، يزول بنفس الافاقة . والثاني ، يحتاج ، فعلى هذا ينفك بالقاضي أو الأب ، أو الجد . وفي الوصي والقيم وجهان . وعلى هذا لو تصرف قبل الفك ، فهو كتصرف من انشىء عليه الحجر بالسفه الطارىء بعد البلوغ . ويجري الوجهان في الاحتياج فيما لو بلغ غير رشيد ، ثم رشد . وإذا حصل الرشد ، فلا فرق بين الرجل والمرأة ، وبين أن تكون مزوجة أو غيرها .

فرع

لو عاد التبذير بعدما بلغ رشيداً ، فوجهان . أحدهما : يعود الحجر عليه بنفس التبذير ، كما لو جن . وأصحهما : لا يعود، لكن يعيده القاضي ، ولا يعيده غيره على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخي : يعيده الأب والجد كما يعيده القاضي . ولو عاد الفسق دون التبذير ، لم يعد الحجر قطعاً ، ولا يعاد أيضاً على المذهب ، لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة ، بخلاف الاستدامة ، لأن الحجر كان ثابتاً ، فبقي. وإذا حجر على من طرأ عليه السفه ، ثم عاد رشيداً ، فان قلنا : الحجر عليه لا يثبت إلا بحجر القاضي ، لم يرتفع إلا برفعه . وإذا قلنا : يثبت بنفسه ، ففي زواله الخلاف السابق فيمن بلغ رشيداً . وأما الذي يلي أمر من حجر عليه للسفه الطارىء ، فهو القاضي إن قلنا : لا بد من حجر القاضي . وإن قلنا : يصير محجوراً بنفس السفه ، فوجهان ، كالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ ، أحدهما الأب ، ثم الجد كحال الصغر ، وكما لو بلغ مجنوناً . والثاني : القاضي لأن ولاية الأب زالت ، فلا تعود . والأول أصح في صورة الجنون ، والثاني أصح

في صورة السفه . واعلم أن الغزالي صرح في « الوسيط » و « الوجيز » بأن عود التبذير وحده لا أثر له ، وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق والتبذير جميعاً،وليس كما قال ، بل الأصحاب متفقون على أن عود التبذير كاف في ذلك كما سبق .

قلت : أما « الوجيز » فهو فيه كما نقله عنه ، وكذا في أكثر نسخ« الوسيط » .وفي بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب . وكذا وجد في أصل الغزالي ، وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب . والله أعلم

فرع

لو كان يغبن في بعض التصرفات خاصة ، فهل يحجر عليه حجر خاص في ذلك النوع ؟ وجهان ، لبعد اجتماع الحجر بالسفه وعدمه في شخص .

فرع

الشحيح على نفسه جداً مع اليسار ، في الحجر عليه لينفق بالمعروف وجهان ، أصحهما : المنع .

فصل

فيما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه ، ومالا يصح

وفيه مسائل .

الأولى : لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي ، كالبيع ، والشراء ، والاعتاق ، والكتابة ، والهبة ، والنكاح ، وسواء اشترى بعين أو في الذمة .وفي

الشراء في الذمة وجه ، أنه يصح تخريجاً من العبد ، وليس بشيء. وإذا باع وأقبض، استرد من المشتري ، فان تلف في يده ، ضمن. ولو اشترى وقبض ، أو استقرض فتلف المأخوذ في يده ، أو أتلفه ، فلا ضمان لأن الذي أقبضة هو المضيع ، ويسترد وليه الثمن إن كان أقبضه . وسواء كان من عامله عالماً بحاله ، أم جاهلاً لتقصيره بالبحث عن حاله . ولا يجب على السفيه أيضاً الضمان بعد فك الحجر ، لأنه حجر ضرب لمصلحته فأشبه الصبي ، لكن الصبي لا يأثم ، والسفيه يأثم لأنه مكلف. وفي وجه ، يضمن بعد فك الحجر إن كان أتلفه بنفسه ، وهو شاذ .

قلت : هذا إذا أقبضه البائع الرشيد . وأما إذا أقبضه السفيه بغير إذن البائع ، أو أقبضه البائع ، وهو صبي أو محجور عليه بسفه ، فانه يضمنه بالقبض قطعاً ، صرح به أصحابنا ، وفقهه ظاهر. **والله أعلم**

هذا كله إذا استقل بهذه التصرفات ، فأما إذا أذن له الولي ، فان أطلق الاذن ، فهو لغو ، وإن عين تصرفاً وقدر العوض ، فوجهان. أصحهما عند الغزالي : الصحة ، كما لو أذن في النكاح ، فانه يصح قطعاً ، وإن كان بعضهم قد أشار إلى طرد الخلاف فيه . وأصحهما عند البغوي : لا يصح كما لو أذن للصبي .

قلت : هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم، الجرجاني ، والرافعي في « المحرر » وجزم به الروياني في « الحلية » . **والله أعلم**

ويجري الوجهان فيما لو وكله رجل بشيء من هذه التصرفات ، هل يصح عقده للموكل ، وفيما لو اتهب أو قبل الوصية لنفسه.

قلت : الأصح : صحة إتهابه وبه قطع الجرجاني . **والله أعلم**

ولو أودعه إنسان شيئاً فتلف عنده ، فلا ضمان عليه. وإن أتلفه ، فقولان كما لو أودع صبياً .

المسألة الثانية : لو أقر بدين معاملة ،لم يقبل سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو بعده ، كالصبي . وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحجر ، وجه أنه يصح تخريجاً من المفلس على قول ، وليس بشيء . ولو أقر باتلاف أو جناية توجب المال ، لم يقبل على الأظهر كدين المعاملة . ثم ما رددناه من إقراره لا يؤاخذ به بعد فك الحجر . ولو أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً ، قبل . ولو أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع . وفي المال قولان كالعبد إذا أقر بالسرقة . هذا إن لم يقبل إقراره بالاتلاف . فان قبلناه ، فهنا أولى . ولو أقر بقصاص وعفا المستحق على مال ثبت على الصحيح ، لأنه يتعلق باختيار غيره ، لا باقراره . ولو أقر بنسب ، ثبت وينفق على الولد المستلحق من بيت المال .

قلت : كذا قال الأصحاب في كل طرقهم : يقبل إقراره بالنسب ، وينفق عليه من بيت المال قطعاً . وشذ الروياني فقال في « الحلية » : يقبل إقراره بالنسب فى أصح الوجهين ، وينفق عليه من ماله ، وهذا شاذ نبهت عليه لئلا يغتر به . ولو أقر بالاستيلاد ، لم يقبل . والله أعلم

ومن ادعي عليه دين معاملة قبل الحجر وأقام بينة سمعت ، فان لم تكن بينة ، وقلنا : النكول ورد اليمين كالبينة ، سمعت ، وإن قلنا : كالاقرار ، فلا .

الثالثة : يصح طلاقه وخلعه ، وظهاره ،ورجعته ، ونفيه النسب باللعان ،وشبه ذلك، إذ لا تعلق لها بالمال . ولو كان السفيه مطلاقاً مع حاجته إلى النكاح ، سري بجارية فان تضجر منها ، أبدلت .

الرابعة : حكمه في العبادات، كالرشيد ،لكن لا يفرق الزكاة بنفسه .ولو أحرم

بغير إذن الولي ، انعقد إحرامه . فان أحرم بحج تطوع ، وزاد ما يحتاج إليه في سفره على نفقته المعهودة، ولم يكن له في طريقه كسب يفي بتلك الزيادة ، فللولي منعه . ثم المذهب وبه قطع الأكثرون ، أنه كالمحصَر يتحلل بالصوم ، إذا قلنـا : لدم الاحصار بدل ، لأنه ممنوع من المال، ونقل الامام فيه وجهين : هذا ، والثاني أن عجزه عن النفقة لا يلحقه بالمحصَر ، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة ، لا يتحلل إلا بلقاء البيت . وإن لم يزد ما يحتاج إليه على النفقة المعهودة ، أو كان يكتسب في الطريق ما يفي بالزيادة ، لم يمنعه الولي ،بل ينفق عليـه من ماله ،ولم يسلمه إليه ، بل إلى ثقة لينفق عليه في الطريق . وإن أحرم بحجة مفروضـة ، كحجة الاسلام والنذر قبل الحجر ،لم ينفق عليه الولي كما ذكرنا . قال في «التتمة»: والمنذورة بعد الحجر ، كالمنذورة قبله إن سلكنا بالنذر مسلك واجب الشرع . وإلا ، فهي كحجة التطوع .

قلت : ولو أفسد حجه المفروض بالجماع ، لزمه المضي فيه والقضاء . وهل يعطيه الولي نفقة القضاء ؟ وجهان . حكاهما الماوردي . والله أعلم

ولو نذر التصدق بعين مال ، لم يصح . وفي الذمة ينعقد . ولو حلف ، انعقدت يمينه ويكفر عند الحنث بالصوم كالعبد .

قلت : وفيه وجه حكاه صاحب « الحاوي » ، والقاضي حسين ، والمتولي ، أنه يلزمه التكفير بالمال ، فيجب على الولي إخراج الكفارة من مال السفيه . قال القاضي: فان كثر حنثه ، لزمه الكفارة ،ولا يخرجها الولي ، ولا يصح صومه ، بل تبقى عليه حتى يصير ، فيصوم إذا قلنا: الاعتبار في الكفارة بحال الأداء . وإذا قلنا : بالصحيح أن واجبه الصوم ، فلم يصم حتى فك حجره . قال الماوردي : إن قلنا يعتبر في الكفارة حال الأداء ، لم يجزئه الصوم مع اليسار . وإن اعتبرنا حال الوجوب ،

ففي إجزاء الصوم وجهان، لأنه كان من أهل الصوم، إلا أنه كان موسراً .

والله أعلم

فصل

فيمن يلي أمر الصبي والمجنون، وكيف يتصرف

أما الذي يلي، فهو الأب ثم الجد، ثم وصيهما، ثم القاضي، أو من ينصبه القاضي .

قلت : وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتهما؟ وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب، والشاشي، وآخرون . وينبغي أن يكون الراجح، الاكتفاء بالعدالة الظاهرة . والله أعلم

ولا ولاية للأم على الاصح . وقال الاصطخري : لها ولاية المال بعد الأب والجد، وتقدم على وصيها . وأما كيفية التصرف، فالقول الجملي فيه: كون التصرف على وجه النظر والمصلحة، فيجوز للولي أن يشتري له العقار، بل هو أولى من التجارة . فان لم يكن فيه مصلحة لثقل الخراج، أو جور السلطان، أو إشراف الموضع على الخراب، لم يجز . ويجوز أن يبني له الدور والمساكن، ويبني بالآجر والطين دون اللبن والجص . وقال الروياني : جوز كثير من الأصحاب البناء على عادة البلد كيف كان . قال : وهو الاختيار . ولا يبيع عقاره إلا لحاجته، مثل أن لا يكون له ما يصرفه في نفقته وكسوته، وقصرت غلته عن الوفاء بها ولم يجد من يقرضه، أو لم ير المصلحة في الاقتراض، أو لغبطة مثل أن يكون ثقيل الخراج، أو رغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن .

ويجوز أن يبيع ماله نسيئة وبالعرض ، إذا رأى المصلحة فيه . وإذا باع نسيئة ،زاد على ثمنه نقداً ، وأشهد عليه وارتهن به رهناً وافياً . فان لم يفعل ، ضمن، كذا قاله الجمهور . وحكى الامام وجهين في صحة البيع إذا لم يرتهن ، وكان المشتري مليئاً ، وقال : الأصح الصحة . ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلى أنه لا يضمن ، ويجوزه اعتماداً على ذمة المليء . وإذا باع الأب مال ولده لنفسه نسيئة ، لا يحتاج إلى رهن من نفسه ، لأنه أمين في حق ولده .

فرع

إذا باع الأب أو الجد عقار الطفل ورفع إلى القاضي ، سجل على بيعه ، ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة بالبينة ، لانه غير متهم . وفي بيع الوصي والأمين لا يسجل إلا إذا قامت البينة على الحاجة أو الغبطة .

قلت : وفي احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد ليسجل لهما ، وجهان حكاهما في « البيان » . والله أعلم

وإذا بلغ الصبي وادعى على الأب أو الجد بيع ماله بغير مصلحة ، فالقول قولهما مع اليمين . وإن ادعاه على الوصي أو الأمين ، فالقول قول المدعي في العقار ، وعليهما البينة . وفي غير العقار وجهان . أصحهما : كالعقار . والفرق عسر الاشهاد في كل قليل وكثير يبيعه ، ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولي ، ولا بين العقار وغيره . ودعواه على المشتري من الولي ، كهي على الولي .

فرع

ليس للوصي بيع ماله لنفسه ، ولا بيع مال نفسه له ، وللأب والجد ذلك ،ولهما

بيع مال أحد الصغيرين للآخر . وهل يشترط أن يقول : بعت واشتريت ، كما لو باع لغيره . أم يكفي أحدهما ؟ وجهان سبقا في البيع .

فرع

إذا اشترى الولي للطفل ، فليشتر من ثقة . وحيث أمر بالارتهان ، لا يقوم الكفيل مقامه .

فرع

لا يستوفي القصاص المستحق له ، ولا يعفو ، ولا يعتق عبيده ، ولو كان بعوض ، ولا يكاتبهم ، ولا يهب أمواله ولو بشرط الثواب ، ولا يطلق زوجته ولو بعوض . ولو باع شريكه شقصاً مشفوعاً ، أخذ أو ترك بحسب المصلحة . فان ترك بحسب المصلحة ، ثم بلغ الصبي وأراد أخذه ، لم يمكّن على الأصح ، كما لو أخذ للمصلحة ، ثم بلغ الصبي وأراد رده . والثاني : يمكن لأنه لو كان بالغاً ، كان له الأخذ . وإن خالف المصلحة والاخذ المخالف للمصلحة ، لم يدخل في ولايته ، فلا يفوت بتصرف الولي .

قلت : فاذا قلنا بالأصح ، فبلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة ، قال صاحب « المهذب » وغيره : حكمه حكم بيع العقار . والله أعلم

فرع

ليس للولي أخذ أجرة ولا نفقة من مال الصبي إن كان غنياً ، وإن كان فقيراً

وانقطع بسببه عن الكسب ، فله أخذ قدر النفقة . وفي التعليق : أنه يأخذ أقل الامرين من قدر النفقة ، وأجرة المثل .

قلت : هـذا المنقول عن التعليق ، هو المعروف في أكثر كتب العراقيين ونقله صاحب « البيان » عن أصحابنا مطلقاً ، وحـكاه هو وغيره عن نص الشافعي رضي الله عنه ، وحكى الماوردي والشاشي وجهاً ، أنه يجوز أيضـاً للغني أن يأكل بقدر أجرته . والصحيح المعروف ، القطع بأنه لا يجوز للغني مطلقاً . والله أعلم

والقول في أنه هل يستبد بالأخذ ، يأتي في « كتاب النكاح » إن شاء الله تعالى. وهل عليه ضمان ما أخذه كالمضطر إذا أكل طعام الغير أم لا ؟ كالامام إذا أخذ الرزق من بيت المال ؟ فيه قولان .

قلت : أظهرهما : لا ضمان ، لظاهر القرآن ، ولأنه بدل عمله . والله أعلم

فرع

للولي أن يخلط ماله بمال الصبي ويؤاكله . قال ابن سريج : وللمسافرين خلط أزوادهم ، وإن تفـاوتوا في الأكل ، قال : وهذا أولى بالجواز ، لان كلاً منهم من أهل المسامحة .

قلت : لا خلاف في جواز خلط المسافرين على الوجه المذكور ، بل هو مستحب، ونقل صاحب « البيان » من أصحابنا ، أنه مستحب ،ذكره في باب الشركة ،ودلائله من الأحاديث الصحيحة كثيرة . والله أعلم

فرع

يجب عـلى الولي أن ينفق عليه ويكسوه بالمعروف ، ويخرج من أمواله الزكاة وأروش الجنايات وإن لم تطلب ، ونفقة القريب بعد الطلب .

فرع

إن دعت ضرورة حريق أو نهب إلى المسافرة بماله، سافر ، وإلا ، فان كان الطريق مخوفاً ، لم يسافر به ، وإن كان آمناً ، فوجهان . أصحها : الجواز لأن المصلحة قد تقتضي ذلك ، والولي مأمور بالمصلحة بخلاف المودَع . والثاني : المنع وبه قطع العراقيون كالوديعة .

قلت : لو سافر به في البحر، لم يجز إن كان مخوفاً ،وكذا إن كانت سلامته غالبة على المذهب،وبه قطع القاضي حسين،ونقله الامام عن معظم الأصحاب . وقيل: يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج . والله أعلم

ثم إذا أجاز له المسافرة به ، جاز أن يبعثه مع أمين .

فرع

ليس لغير القاضي إقراض مال الصبي ، إلا عند ضرورة نهب أو حريق ونحوه، أو إذا أراد سفراً .ويجوز للقاضي الاقراض ، وإن لم يكن شيء من ذلك لكثرة اشغاله . وفي وجه : القاضي كغيره . ولا يجوز إيداعه مع إمكان الاقراض على الأصح ، فان عجز عنه ، فله الايداع . ويشترط فيمن يودعه الأمانة ، وفي من يقرضه الأمانة واليسار. وإذا أقرض ورأى أن يأخذ به رهناً ، أخذه، وإلا تركه.

قلت : يستحب للحاكم إذا حجر على السفيه ، أن يشهد على حجره . وإن رأى أن ينادي عليه في البلد ، نادى مناديه ليتجنب الناس معاملته . وحكى في « الحاوي » و « المستظهري » عن أبي علي ابن أبي هريرة وجهاً ، أنه يجب الاشهاد، وهو شاذ . وإذا كان للصبي أو السفيه كسب ، أجبره الولي على الاكتساب ليرتفق

به في النفقة وغيرها ، حكاه في « البيان » . ولو وجب للسفيه قصاص ، فله أن يقتص ويعفو . فان عفا على مال ، صح ، ووجب دفع المال إلى وليه . وإن عفا مطلقاً، أو على غير مال ، فان قلنا : القتل يوجب أحد الأمرين؛القصاص أو الدية،وجبت الدية لأن عفوه عنها لا يصح ، وإن قلنا : يوجب القصاص فقط ، سقط القصاص ،ولا مال . وإذا مرض المحجور عليه لسفه مرضاً مخوفاً ، لم يتغير حكمه،وتصرفاته فيه كتصرفه في صحته . وحكى في « الحاوي » وجهاً ، أنه يغلب عليه حجر المرض، فيصح عتقه من ثلثه ، وهذا شاذ ضعيف . والله أعلم



كتاب الصُّلح

فسره الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين ، وليس هذا على سبيل الحد، بل أرادوا ضرباً من التعريف ، إشارة إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالباً ، ثم أدخل الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم في الباب ، التزاحم في المشترك ، كالشوارع ونحوها . وفي الكتاب ثلاثة أبواب .

الأول : في أحكام الصلح . وقد يجري بين المتداعيين ، وبين المدعي وأجنبي. والقسم الأول نوعان . أحدهما : ما يجري على الاقرار وهو ضربان .

أحدهما : الصلح عن العين . وهو صنفان .

أحدهما : صلح المعاوضة ، وهو الذي يجري على غير العين المدعاة ، بأن ادعى عليه داراً فأقر له بها ، وصالحه منها على عبد أو ثوب ، فهذا الصنف حكمه حكم البيع، وإن عقد بلفظ الصلح .وتتعلق به جميع أحكام البيع كالرد بالعيب ، والشفعة ،والمنع من التصرف قبل القبض ، واشتراط القبض في المجلس إن كان المصالح عليه والمصالح عنه متفقين في علة الربا ، واشتراط التساوي في معيار الشرع إن كان جنساً ربوياً ، وجريان التحالف عند الاختلاف ، ويفسد بالغرر ، والجهل ، والشروط الفاسدة كفساد البيع . ولو صالحه منها على منفعة دار ، أو خدمة عبد مدة معلومة ، جاز ،ويكون هذا الصلح إجارة ، فتثبت فيه أحكام الاجارة .

الصنف الثاني : صلح الحطيطة ، وهو الجاري على بعض العين المدعاة ، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها ، أو من العبدين على أحدهما ، فهذا هبة بعض المدعى لمن في يده ، فيشترط لصحته القبول ومضي مدة إمكان القبض. وفي اشتراط إذن جديد في قبضه ، الخلاف المذكور في كتاب الرهن. ويصح بلفظ

الهبة ، وما هو في معناها . وفي صحته بلفظ الصلح ، وجهان .أحدهما : لا ،لأن الصلح يتضمن المعاوضة . ومحال أن يقابل ملكه ببعضه. وأصحها : الصحة، لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح ، هي سبق الخصومة ، وقد حصلت . ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع .

فرع

الصلح يخالف البيع في صور .

إحداها : المسألة السابقة ، وهي إذا صالح صلح الحطيطة بلفظ الصلح ، فانه يصح على الأصح . ولو كان بلفظ البيع ، لم يصح قطعاً .

الثانية : لو قال من غير سبق خصومة : بعني دارك بكذا ، فباع ، صح . ولو قال والحالة هذه : صالحني عن دارك هذه بألف ، لم يصح على الأصح ، لأن لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة ، وكأن هذا الخلاف فيما لو استعملا لفظ الصلح بلا نية . فلو استعملاه ونويا البيع ، كان كناية بلا شك ، وجرى فيه الخلاف في انعقاد البيع بالكناية .

الثالثة : لو صالح عن القصاص ، صح ولا مدخل للفظ البيع فيه .

الرابعة : قال صاحب « التلخيص » لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذه منهم ، جاز ولا يقوم مقامه البيع ، واعترض عليه القفال ، بأن تلك المصالحة ، ليست مصالحة عن أموالهم ، وإنما نصالحهم ونأخذ منهم للكف عن دمائهم وأموالهم ، وهذا صحيح، ولكن لا يمنع مخالفة اللفظين ، فان لفظ البيع لا يجري في أمثال تلك المصالحات .

الخامسة : قال صاحب « التلخيص » لو صالح من إرش الموضحة على شيء

معلوم ، جاز إذا علما قدر أرشها . ولو باع ، لم يجز وخالفه الجمهور في افتراق اللفظين ، وقالوا : إن كان الأرش مجهولاً كالحكومة التي لم تقدّر ولم تضبط ، لم يصح الصلح عنه ولا بيعه . وإن كان معلوم القدر والصفة ، كالدراهم ، إذا ضبطت ، صح الصلح عنها ، وصح بيعها ممن هي عليه . وإن كان معلوم القدر دون الصفة ، على الوجه المعتبر في السلم ، كالابل الواجبة في الدية ، ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع جميعاً وجهان . ويقال : قولان . أحدهما : يصح كمن اشترى عيناً لم يعرف صفتها . وأصحهما : المنع كما لو أسلم في شيء لم يصفه ، هذا في الجراحة التي لا توجب القود ، فان أوجبته في النفس ، أو فيما دونها ، فالصلح عنها مبني على أن موجب العمد ماذا ؟ وسيأتي في بابه إن شاء الله تعالى .

الضرب الثاني : الصلح عن الدين ، وهو صنفان .

أحدهما : صلح المعاوضة وهو الجاري على عين الدين المدعى . فينظر ، إن صالح عن بعض أموال الربا على ما يوافقه في العلة ، فلا بد من قبض العوض في المجلس ، ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على الأصح . فان لم يكن العوضان ربويين ، فان كان العوض عيناً ، صح الصلح ، ولا يشترط قبضه في المجلس على الأصح. وإن كان ديناً ، صح على الأصح ، ولكن يشترط التعيين في المجلس ، ولا يشترط القبض بعد التعيين على الاصح .

الصنف الثاني : صلح الحطيطة وهو الجاري على بعض الدين المدعى ، فهو إبراء عن بعض الدين ، فان استعمل لفظ الابراء أو ما في معناه ، بأن قال : أبرأتك من خمسمائة من الألف الذي عليك ، أو صالحتك على الباقي ، برىء مما أبرأه ، ولا يشترط القبول على الصحيح . وفي وجه بعيد : يشترط فيه ، وفي كل إبراء ،

ولا يشترط قبض الباقي في المجلس . وإن اقتصر على لفظ الصلح فقال : صالحتك على الألف الذي لي عليك على خمسمائة ، فوجهان كنظيره في صلح الحطيطة في العين ،والأصح الصحة . وفي اشتراط القبول وجهان ، كالوجهين فيما لو قال لمن عليه الدين : وهبته لك ، والأصح ، الاشتراط ، لأن اللفظ بوضعه يقتضيه . ولو صالح منه على خمسمائة معينة ، جرى الوجهان . ورأى الامام الفساد هنا أظهر . ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع ، كنظيره في الصلح عن العين . ولو صالح من ألف مؤجل على ألف حالّ أو عكسه ، فباطل ، لأن الأجل لا يسقط ولا يلحق . فلو عجل من عليه المؤجل وقبله المستحق ، سقط الأجل بالاستيفاء ، وكذا الحكم في الصحيح والمكسر. ولو صالح من ألف مؤجل على خمسمائة حالّة ، فباطل . ولو صالح من ألف حال على خمسمائة مؤجلة ، فهذا ليس من المعاوضة في شيء ، بل هو مسامحة من وجهين. أحدهما : حط خمسمائة . والثاني : إلحاق أجل بالباقي . والأول سائغ، فيبرأ عن خمسمائة . والثاني : وعد لا يلزم ، فله المطالبة بالباقي في الحال .

فرع

قال أحد الوارثين لصاحبه : تركت حقي من التركة لك ، فقال : قبلت ، لم يصح ويبقى حقه كما كان . ولو قال : صالحتك من نصيبي على هذا الثوب ، فان كانت التركة أعياناً ، فهو صلح عن العين . وإن كانت ديوناً عليه ، فهو صلح عن الدين . وإن كانت على غيره ، فهو بيع دين لغير من عليه، وقد سبق حكمه . وإن كان فيها عين ودين على الغير ، ولم نجوز بيع الدين لغير من عليه ، بطل الصلح في الدين . وفي العين قولا تفريق الصفقة .

فرع

له في يد رجل ألف درهم ، وخمسون ديناراً ، فصالحه منه على ألفي درهم ، لا يجوز . وكذا لو مات عن ابنين والتركة ألفا درهم ، ومائة دينار ، وهي في يد أحدهما ،فصالحه الآخر من نصيبه على ألفي درهم ، لم يجز . ولو كان المبلغ المذكور ديناً في ذمة غيره ، فصالحه منه على ألفي درهم ، جاز . والفرق أنه إذا كان في الذمة ، فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه ، فيجعل مستوفياً لأحد الألفين ، ومعتاضاً عن الدنانير الألف الآخر . وإذا كان معيناً ، كان الصالح عنه اعتياضاً ، فكأنه باع ألف درهم وخمسين ديناراً بألفي درهم . وهو من صور مُدّ عجوة . ونقل الامام عن القاضي حسين وجهاً في صورة الدين بالمنع ، تنزيلاً على المعاوضة .

فرع

صالحه عن الدار المدعاة على أن يسكنها سنة ، فهو إعادة للدار يرجع فيها متى شاء . وإذا رجع ، لم يستحق أُجرة المدة الماضية على الصحيح ، لأنها عارية . وفي وجه : يستحق ، لأنه قابل به رفع اليد عنها ، وهو عوض فاسد ، فيرجع بأجرة المثل . ولو صالحه عنها على أن يسكنها بمنفعة عبده سنة ، فهو كما لو أجر داراً بمنفعة عبد سنة .

فرع

صالحه عن الزرع الأخضر بشرط القطع ، جاز . ودون هذا الشرط لا يجوز . ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الأرض ، فلا حاجة إلى شرط القطع على الأصح .

ولو كان النزاع في نصف الزرع ، ثم أقر المدعى عليه ، وتصالحا عنه على شيء ، لم يجز . وإن شرطا القطع ، كما لو باع نصف الزرع مشاعاً ، لا يصح ، سواء شرط ، أم لا .

النوع الثاني : الصلح عن الانكار ، فينظر ، إن جرى على غير المدعى ، فهو باطل . وصورة الصلح على الانكار ، أن يدعي عليه داراً مثلاً ، فينكر ، ثم يتصالحا على ثوب أو دين ، ولا يكون طلب الصلح منه إقراراً ، لأنه ربما يريد قطع الخصومة ، هذا إذا قال : صالحني مطلقاً ، أو صالحني عن دعواك . بل الصلح عن الدعوى ، لا يصح مع الاقرار أيضاً ، لأن مجرد الدعوى لا يعتاض عنه . ولو قال بعد الانكار : صالحني عن الدار التي ادعيتها ، فهل يكون إقراراً ، كما لو قال: ملكني ، أم لا ، لاحتمال قطع الخصومة ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . فعلى هذا ، يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار . ولو قال : بعنيها ، أو هبها لي ، فالصحيح أنه إقرار . لأنه صريح في التماس التمليك . وقال الشيخ أبو حامد : هو كقوله: صالحني . ومثله : لو كان النزاع في جارية ، فقال : زوجنيها . ولو قال : أعرني ، أو أجرني ، فأولى بأن لا يكون إقراراً . ولو كان النزاع في دين ، فقال : أبرئني ، فهو إقرار . ولو أبرأ المدعي المدعى عليه وهو منكر ، وقلنا : لا يفتقر الابراء إلى القبول ، صح ، لأنه مستقل به ، فلا حاجة إلى تصديق الغريم ، بخلاف الصلح. ولهذا ، لو أبرأه بعد التحليف ، صح ، ولو تصالحا بعد التحليف ، لم يصح .

فرع

لو جرى الصلح على الانكار على بعض العين المدعاة وهو صلح الحطيطة في العين ، فوجهان . قال القفال : يصح ، لأنهما متفقان على أن المدعي يستحق النصف،

لان المدعي يزعم استحقاق الجميع ، والمدعى عليه يسلم النصف له بحكم هبته له ، وتسليمه إليه ، فبقي الخلاف في جهة الاستحقاق ، وقال الأكثرون : باطل ، كما لو كان على غير المدعي . قالوا : ومتى اختلف القابض والدافع في الجهة ، فالقول قول الدافع كما سبق في الرهن . والدافع هنا ، يقول : إنما بذلت النصف لدفع الأذى، حتى لا يرفعني إلى القاضي ، ولا يقيم علي بينة زور . وإن كان المدعى ديناً ، وتصالحا على بعضه على الانكار ، نظر ، إن صالحه عن ألف على خمسمائة مثلاً في الذمة ، لم يصح . ولو أحضر خمسمائة وتصالحا من الألف المدعى عليها ، فهو مرتب على صلح الحطيطة في العين . فان لم يصح ، فهنا أولى . وإلا ، فوجهان . والأصح : البطلان باتفاقهم . والفرق أن ما في الذمة ، ليس هو ذلك المحضر ، وفي الصلح عليه معنى المعاوضة ، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الانكار . ولو تصالحا ، ثم اختلفا هل تصالحا على الانكار، أم على الاعتراف ؟ قال ابن كج : القول قول مدعي الانكار،لأن الأصل أن لا عقد . وينبغي أن يخرج على الوجهين فيما لو تنازع المتبايعان ، هل عقدا صحيحاً أم فاسداً .

قلت : الصواب ، ما قاله ابن كج ، وقد صرح به أيضاً الشيخ أبو حامد ، وصاحب « البيان » وغيرهما .والفرق أن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة، والغالب وقوع الصلح على الانكار . **والله أعلم**

القسم الثاني من الباب : في الصلح الجاري بين المدعى وأجنبي ، وله حالان.

الأول : مع إقرار المدعى عليه . فان كان المدعى عيناً ، وقال الأجنبي: إن المدعى عليه وكلني في مصالحتك له على نصف المدعى،أو على هذا العبد من ماله ، فتصالحا عليه ، صح . وكذا لو قال : وكلني في مصالحتك عنه على عشرة في ذمته . ثم إن كان صادقاً في الوكالة ، صار المدعى ملكاً للمدعى عليه ، وإلا ، فهو شراء

الفضول،وقد سبق بيانه وتفريعه . وإن قال : أمرني بالمصالحة عنه على هذا العبد من مالي،فصالحه عليه ، فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه باذن ذلك الغير ، وقد سبق خلاف في صحته ، وأنه إذا صح ، هل هو هبة،أو قرض ؟ ولو صالح الأجنبي لنفسه بعين ماله ، أو بدين في ذمته ، صح له ، كما لو اشتراه . وقيل : وجهان، كما لو قال لغيره من غير سبق دعوى :صالحني من دارك على ألف ، لأنه لم يجْرِ مع الأجنبي خصومة . والمذهب ، الصحة،لان الصلح ترتب على دعوى وجواب . أما إذا كان المدعى ديناً ، وقال: وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه ، أو على هذا الثوب من ماله ،فصالحه ، صح . ولو قال :على هذا الثوب ، وهو ملكي ، فوجهان . أحدهما : لا يصح،لأنه بيع شيء بدين غيره . والثاني : يصح،ويسقط الدين كمن ضمن ديناً وأداه .

قلت : الأول : أصح . والله أعلم

ولو صالح لنفسه على عين أو دين فى ذمته ، فهو ابتياع دين في ذمة الغير ، وسبق بيانه في موضعه .

قلت : لو قال : صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة ، صح ، سواء كان باذنه أم لا ، لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز . والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون منكراً ظاهراً ، فجاء أجنبي فقال : أقر المدعى عليه عندي ، ووكلني في مصالحتك له ،إلا أنه لا يظهر إقراره لئلا تنزعه منه ، فصالحه، صح ، لأن دعوى الانسان الوكالة في البيع والشراء وسائر المعاملات مقبولة . فان قال : هو منكر، ولكنه مبطل ، فصالحني له على عبدي هذا ، لتنقطع الخصومة بينكما ، فوجهان . قال الامام : أصحها : لا يصح،لأنه صلح إنكار . والثاني :

يصح ، لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان. هذا إذا كان المدعى عيناً، فان كان ديناً ، فقيل : على الوجهين.والمذهب : القطع بالصحة .والفرق أنه لا يمكن تمليك الغير عين ماله بغير إذنه ، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه . وإن قال : هو منكر ، وأنا أيضاً لا أعلم صدقك،وصالحه مع ذلك ، لم يصح ،سواء كان المصالح عليه له،أو المدعى عليه . كما لو صالحه المدعي وهو منكر. وإن قال : هو منكر ومبطل في إنكاره ،فصالحني لنفسي بعبدي هذا ، أو بعشرة في ذمتي لآخذه منه ، فان كان المدعى ديناً ، فهو ابتياع دين في ذمة غيره . وإن كان عيناً ، فهو شراء مغصوب ، فينظر في قدرته على انتزاعه وعجزه . وقد سبق بيان الحالين في أول البيع . ولو صالح وقال : أنا قادر على انتزاعه، صح العقد على الأصح، اكتفاءً بقوله. والثاني : لا ، لأن الملك في الظاهر للمدعى عليه ،وهو عاجز عن انتزاعه . قال الامام : والوجه أن يقال : إن كان الأجنبي كاذباً ، فالعقد باطل باطناً ، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه ، الوجهان . وإن كان صادقاً ، حكم بصحة العقد باطناً ، وقطعنا بمؤاخذته ، لكن لا تزال يد المدعى عليه إلا بحجة .

فرع

كالمثال لما ذكرنا

ادعى رجل على ورثة ميت داراً من تركته ، وقال : غصبنيها ، فأقروا له ، جاز لهم مصالحته . فان دفعوا إلى بعضهم ثوباً مشتركا بينهم ليصالح عليه ، جاز ، وكان عاقداً عن نفسه ووكيلاً عن الباقين . ولو قالوا لواحد : صالحه عنا على ثوبك ، فصالحه عنهم ، فان لم يسمهم في الصلح ، وقع الصلح عنه . وإن سماهم ، فهل تلغى (١) التسمية ؟ وجهان . فان لم نلغها ،وقع الصلح عنهم. وهل الثوب هبة لهم،أو قرض عليهم ؟ وجهان . وإن ألغيناها ، فهل يصح الصلح كله للعاقد ،أم

(١) في نسخة : يكفي .

يبطل في نصيب الشركاء ويخرج نصيبه على قولي تفريق الصفقة ؟ وجهان . وإن صالحه بعضهم على مال له دون إذن الباقين ليتملك جميع الدار ، جاز . وإن صالح لتكون الدار له ولهم جميعاً ، لما ذكرهم ،وعاد الوجهان في أن الجميع يقع له ،أم يبطل في نصيبهم . ويخرج نصيبه على قولي الصفقة .

فرع

أسلم كافر على أكثر من أربع نسوة ، ومات قبل الاختيار والتعيين ، وقف الميراث بينهن . فان اصطلحن على القسمة على تفاوت أو تساو ، جاز ، للضرورة. ولو اصطلحن على أن تأخذ ثلاث منهم أو أربع المال الموقوف ، ويبذلن للباقيات عوضاً من خالص أموالهم ، لم يصح . ونظير المسألة ، مالو طلق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان ، ووقف لهما نصيب زوجة فاصطلحتا ، وما إذا ادعى اثنان وديعة في يد رجل ، فقال : لا أعلم لأيكما هي ، وما إذا تداعيا داراً في يدهما ، وأقام كلٌّ بينة ، ثم اصطلحا . وكذا لو كانت في يد ثالث وقلنا باستعمال البينتين .

قلت : وهذه مسائل تتعلق بالباب .

إحداها : ادعى داراً ، فأقر ، فصالحه على عبد ، فخرج مستحقاً ، أو ردّه بعيب ، أو هلك قبل القبض ، رجعت الدار إلى الأول . وإن وجد به عيباً بعدما هلك ، أو تعيب في يده ، أخذ من الدار بقدر ما نقص من قيمة العبد ، كما لو باعها بعبد.

الثانية : ادعى عليه داراً ، فأنكره ، فقال المدعي : أعطيك ألفاً وتقر لي بها ، ففعل ، فليس بصلح ، ولا يلزم الألف ، بل بذله وأخذه حرام . وهل يكون هذا إقراراً ؟ وجهان في « العدة » و « البيان » .

الثالثة : صالح أجنبي عن المدعي عليه بعوض معين ، فوجده المدعي معيباً ، فله

رده ، ولا يرجع ببدله ، بل ينفسخ الصلح ويرجع إلى خصومة المدعى عليه ، وكذا لو خرج العوض مستحقاً . ولو صالحه على دراهم في الذمة ، فأعطاه دراهم ، فوجدها معيبة وردها ، أو خرجت مستحقة ، فله المطالبة ببدلها .

الرابعة : قال الشافعي رضي الله عنه : لو اشترى رجل أرضاً وبناها مسجداً ، فجاء رجل فادعاها ، فان صدقه المشتري ، لزمه قيمتها . وإن كذبه ، فصالحه رجل آخر ، صح الصلح ، لأنه بذْل مال على جهة القربة ، ولأن القيمة على المشتري ، لأنه وقفه . والصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه ، جائز .

الخامسة : لو أتلف عليه شيئاً قيمته دينار ، فأقر به ، وصالحه على أكثر من دينار ، لم يصح ، لأن الواجب قيمة المتلف ، فلم يصح الصلح على أكثر منه ، كمن غصب ديناراً ، فصالح على أكثر منه . ولو صالحه عنه بعوض مؤجل ، لم يصح .

السادسة : سبق في أول البـاب أن الصلح عن المجهول ، لا يصـح . قال الشافعي رضي الله عنه : لو ادعى عليه شيئاً مجمـلا ، فأقر له به وصالحه عنه على عوض ، صح الصلح . قال الشيخ أبو حامد وغيره : هذا إذا كان المعقود عليه معلوماً لهما ، فيصح وإن لم يسميـاه ، كما لو قال : بعتك الشيء الذي نعرفه أنا وأنت بكذا ، فقال : اشتريت ، صح .

السابعة : إذا أنكر المدعى عليه ، ووكل أجنبياً ليصالح كما سبق ، فهل يحل له التوكيل ؟ وجهان . قال ابن سريج : يحرم عليه الانكار . ولو فعله ، فله التوكيل في المصالحة . وقال أبو إسحاق : يحرم عليه أيضاً التوكيل . ولو مات مورثه وخلف عيناً ، فادعاها رجل ، فأنكره ولا يعلم صدقه ، وخاف من اليمين ، جاز أن يوكل أجنبياً في الصلح ، لتزول الشبهة ، حـكاه في « البيان » . والله أعلم

الباب الثاني
في التزاحم على الحقوق

وفيه فصول .

الأول : في الطريق ، وهو قسمان : نافذ ، وغيره . أما النافذ ، فالناس كلهم يستحقون المرور فيه ، وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور ، ولا أن يشرع فيه جناحاً ، أو يتخذ على جدرانه ساباطاً يضر بالمارة . فان لم يضر ، فلا منع منهما . ويرجع في معرفة الضرر وعدمه إلى حال الطريق . فان كان ضيقاً لا تمر فيه القوافل والفوارس ، فينبغي أن يرتفع بحيث يمر المارّ تحته منتصباً . وإن كانوا يمرون فيه ، فليكن ارتفاعه إلى حد يمر فيه المحمل مع الكنيسة فوقه على البعير ، لأنه وإن كان نادراً ، فانه قد يتفق . ولا تشترط زيادة على هذا ، على الصحيح . وقال أبو عبيد بن حَرْبويه : يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب تحته منصوب الرمح . واتفق الأصحاب على تضعيف قوله ، لأن وضع الرمح على الكتف ، ليس بعسير . ويجوز لكل أحد أن يفتح الأبواب من ملكه إلى الشارع كيف شاء . وأما نصب الدكة وغرس الشجرة ، فان كان يضيق الطريق ويضر بالمارة ، منع ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : الجواز ، كالجناح الذي لا يضر بهم . وأصحهما ، وبه قطع العراقيون واختاره الامام : المنع . ولا يجوز أن يصالح عن إشراع الجناح على شيء ، سواء صالح الامام ، أو غيره ، وسواء ضر بالمارة ، أم لا . ولو أشرع جناحاً لا ضرر فيه ، فانهدم ، أو هدمه ، فأشرع رجل آخر جناحاً في محاذاته لا تمكن معه إعادة الأول ، جاز ، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه ، يجوز لغيره الارتفاق به ، هكذا قاله الأصحاب . ولك أن تقول : المرتفق بالقعود للمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع ، وإنما يبطل بالسفر والاعراض عن الحرفة .

فقياسه أن لا يبطل هنا بمجرد الهدم والانهدام ، بل يعتبر إعراضه عن إعادته .

قلت : إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق ، ثم فارق موقفه ، أو قعد للاستراحة ونحوها ، فلا يرد اعتراض الامام الرافعي رحمه الله . قال أصحابنا : ولو أخرج جناحاً تحت جناح من يحاذيه ، لم يكن للأول منعه ، إذ لا ضرر . ولو أخرج فوق جناح الأول ، قال ابن الصباغ : إن كان الثاني عالياً لا يضر بالمار فوق الجناح الأول ، لم يمنع ، وإلا ، فله منعه . ولو أخرج مقابلا له ، لم يمنع، إلا أن يعطل انتفاع الأول . ولو كان الأول قد أخذ أكثر هواء الطريق ، لم يكن لجاره مطالبته بتقصير جناحه ورده إلى نصف الطريق ، لأنه مباح سبق إليه .

والله أعلم

واعلم أن الأكثرين، لم يتعرضوا في الاضرار الممنوع إلا للارتفاع ، والانخفاض. وأما إظلام الموضع ، فقال ابن الصباغ وطائفة : لا يؤثر ، ومقتضى المعنى المذكور ، ولفظ الشافعي رضي الله عنه ، وأكثر الأصحاب ، تأثيره . وقد صرح به منصور التميمي . وفي « التتمة » : إن انقطع الضوء كله ، أثر ، وإن نقص ، فلا .

فرع

الشوارع التي في البلاد ، والجوادّ الممتدة في الصحاري سواء في أنها منفكّة عن الملك والاختصاص . والأصل فيها ، الاباحة وجواز الانتفاع ، إلا فيما يقدح في مقصودها ، وهو الاستطراق . قال الامام: ومصير الموضع شارعاً ، له صورتان ، إحداهما : أن يجعل الرجل ملكه شارعاً وسبيلا مسبلا . والثانية : أن تجيء جماعة بلدة أو قرية ، ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور والمساكن ، ويفتحوا إليه الأبواب.

ثم حكى عن شيخه ، ما يقتضي صورة ثالثة ، وهو أن يصير موضع من الموات جادّة يستطرقها الرفاق ، فلا يجوز تغييره . وإنه كان يتردد في بنيات[1] الطرق التي يعرفها الخواص ويسلكونها . وكل موات ، يجوز استطراقه ، لكن لا يمنع أحد من إحيائه وصرف الممر عنه ، بخلاف الشوارع .

قلت : قال الامام : ولا حاجة إلى لفظ في مصير ما يجعل شارعاً . قال : وإذا وجدنا جادة مستطرقة ، ومسلكاً مشروعا نافذاً ، حكمنا باستحقاق الاستطراق فيه بظاهر الحال ، ولم نلتفت إلى مبدإ مصيره شارعاً . وأما قدر الطريق ، فقلّ من تعرض لضبطه ، وهو مهم جداً ، وحكمه ، أنه إن كان الطريق من أرض مملوكة يسبلها صاحبها ، فهو إلى خيرته ، والأفضل توسيعها . وإن كان بين أراض يريد أصحابها إحياءها ، فان اتفقوا على شيء ، فذاك . وإن اختلفوا ، فقدره سبع أذرع ، وهذا معنى ما ثبت في « صحيحي » البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه : « قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق ، أن يجعل عرضه سبع أذرع » . ولو كان الطريق واسعاً ، لم يجز لأحد أن يستولي على شيء منه ، وإن قلّ ، يجوز عمارة ما حوله من الموات ، ويملكه بالاحياء بحيث لا يضر بالمارة . ومن المهمات المستفادة ، أن أهل الذمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة . وإن جاز لهم استطراقها ، لأنه كاعلائهم البناء على بناء المسلمين ، أو أبلغ . هذا هو الصحيح ، وذكر الشاشي في جوازه وجهين . ومن أخرج جناحاً على وجه لا يجوز ، هدم عليه .

والله أعلم

القسم الثاني : الطريق الذي لا ينفذ ، كالسكة المسدودة الأسفل ، والكلام فيها في ثلاثة أمور .

الأول : اشراع الجناح ، فلا يجوز لغير أهل السكة بلا خلاف ، ولا لهم

(١) في نسخة : هيآت .

على الأصح الذي قاله الأكثرون إلا برضاهم ، سواء تضرروا ، أم لا . والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد ومن تابعه : يجوز إذا لم يضر بالباقين ، فان أضر ورضي أهل السكة ، جاز . ولو صالحوه على شيء ، لم يصح بلا خلاف ، لأن الهواء تابع ، فلا يفرد بالمال صلحاً ، كما لا يفرد به بيعاً . وهكذا الحكم في صلح صاحب الدار عن الجناح المشرع إليها ، ونعني بأهل السكة كل من له باب نافذ إليها دون من يلاصق جدار داره السكة من غير نفوذ باب . ثم هل الاشتراك في جميعها لجميعهم ، أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره ؟ وجهان . أصحها : الاختصاص ، لأن ذلك هو محل تردده ، وما عداه ، فهو فيه كغير أهل السكة. وتظهر فائدة الخلاف على قول الأكثرين في منع إشراع الجناح إلا برضاهم . فان شركنا الكل في الكل ، جاز لكل واحد من أهل السكة المنع . وإن خصصنا ، فانما يجوز المنع لمن موضع الجناح بين بابه ورأس الدرب . وتظهر فائدته على قول الشيخ أبي حامد ، في أن مستحق المنع إذا أضر الجناح : من هو ؟ لكنهم لم يذكروه .

قلت : قول الرافعي : لم يذكروه ، من أعجب العجب ، فقد ذكره صاحب « التهذيب» مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن « النهاية » . والله أعلم

ولو اجتمع المستحقون ، فسدّوا رأس السكة ، لم يمنعوا منه ، كذا قاله الجمهور . وقال أبو الحسن العبادي : يحتمل أن يمنعوا ، لأن أهل الشارع يفزعون إليه إذا عرضت زحمة . ولو امتنع بعضهم ، لم يكن للباقين السد قطعاً . ولو سدوا باتفاقهم، لم يستقل بعضهم بالفتح . ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم ، جاز . ولو أراد أهل رأس السكة قسمة رأسها بينهم ، مُنعوا لِحَقّ من يليهم . ولو أراد الأسفل قسمته ، فوجهان ، بناءً على الاشتراك فيه. ثم ما ذكرناه من سد الباب وقسمة الصحن، مفروض فيما إذا لم يكن في السكة مسجد . فان كان فيها مسجد عتيق ، أو جديد،

منعوا من السد والقسمة ، لأن المسلمين كلهم يستحقون الاستطراق إليه ، ذكره ابن كج . وعلى قياسه ، لا يجوز الاشراع عند الاضرار وإن رضي أهل السكة ، لحق سائر المسلمين .

الأمر الثاني : فتح الباب ، فليس لمن لا باب له في السكة إحداث باب إلا برضى أهلها كلهم . فلو قال : افتح إليها باباً للاستضاءة دون الاستطراق ، أو أفتحه وأسمره ، فوجهان . أصحهما : عند أبي القاسم الكرخي : لا يمنع .

قلت : قلَّ مَن بيَّن الأصح من هذين الوجهين ، ولهذا ، اقتصر الرافعي على نسبة التصحيح إلى الكرخي . وممن صححه ، صاحب « البيان » والرافعي في « المحرر » ، وخالفهم الجرجاني ، والشاشي ، فصححا المنع ، وهو أفقه . والله أعلم

ولو كان له باب في السكة ، وأراد أن يفتح غيره ، فان كان ما يفتحه أبعد من رأس السكة ، فلمن الباب المفتوح بين داره ورأس السكة منعه ، وفيمن داره بين الباب ورأس السكة ، وجهان ، بناءً على كيفية الشركة كما سبق في الجناح . وإن كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكة ، فان سد الأول ، جاز ، وإلا ، فكما إذا كان أبعد ، لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول ، أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب ، فيتضررون به . وحكى في « النهاية » طريقة جازمة ، بأن لا منع لمن يقع المفتوح بين داره ورأس السكة ، لأن الفاتح لا يمر عليهم . وهذا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة .

قلت : جزم صاحب « الشامل » بأنه إذا فتح باباً آخر أقرب إلى رأس السكة ، ولم يسد الأول ، جاز ، ولا منع لأحد . وهذا وإن كان ظاهراً ، فما نقله الامام أقوى . ولم يذكر الرافعي - فيما إذا كان المفتوح أبعد - حكمَ مَن بابُه مقابل المفتوح ،

لا فوقه ولا تحته . وقد ذكر الامام، أنه كمن هو أقرب إلى رأس السكة ، ففيه الوجهان . والله أعلم

وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع ، كفتح باب وسد باب .

فرع

لو كان له داران ، ينفذ باب إحداهما إلى الشارع ، والأخرى إلى سكة منسدة ، فأراد فتح باب من إحداهما إلى الأخرى ، لم يكن لأهل السكة منعه على الأصح. ولو كان باب كل واحدة في سكة غير نافذة ، ففتح من إحداهما إلى الأخرى ، ففي ثبوت المنع لأهل السكتين ، الوجهان ، قاله الامام. وموضع الوجهين ، ما إذا سد باب إحداهما ، وفتح الباب لغرض الاستطراق. أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه، فلا منع قطعاً .

قلت : هذه العبارة فاسدة ، فانها توهم اختصاص الخلاف ، بما إذا سد باب إحداهما، وذلك خطأ ، بل الصواب ، جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين ،وكل الأصحاب مصرحون به . قال أصحابنا : ولو أراد رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة ، ويترك بابيهما على حالهما ، جاز قطعاً . وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا ، القاضي أبو الطيب في تعليقه . فالصواب أن يقال : موضع الوجهين ، إذا لم يقصد اتساع ملكه . وأما قوله : كذا نقله الامام ، فان الوجهين مشهوران جداً. وقوله : الأصح :الجواز ، تابع فيه صاحب « التهذيب »،وخالفه أصحابنا العراقيون، فنقلوا عن الجمهور ، المنع . بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على المنع . قال : وعندي أنه يجوز. والله أعلم

فرع

حيث منعنا فتح الباب إلى السكة المنسدة ، فصالحه أهل السكة بمال ، جاز، بخلاف الجناح، لأنه هناك بذل مال في مقابلة الهواء . قال في « التتمة » : ثم إن قدّروا مدةً ، فهو إجارة . وإن أطلقوا ،أو شرطوا التأبيد ، فهو بيع جزء شائع من السكة ، وتنزيل له منزلة أحدهم. كما لو صالح رجلاً على مال ليجري في أرضه نهراً ، كان ذلك تمليكاً للنهر .ولو صالحه بمال على فتح باب من داره إلى داره ، صح ، ويكون كالصلح عن إجراء الماء على سطحه ، ولا يملك شيئاً من الدار والسطح ، لان السكة لا تراد إلا للاستطراق ، فاثبات الاستطراق فيها يكون نقلاً للملك . وأما الدار والسطح ، فلا يقصد بها الاستطراق وإجراء الماء .

قلت : قال أصحابنا : لو كانت داره في آخر السكة المنسدة ، فأراد نقل بابها إلى الوسط ، ويجعل ما بين الباب وأسفل السكة دهليزاً ، فان شركنا الجميع في جميع السكة ، كان للباقين منعه ، وإلا ، فلا . والله أعلم

الامر الثالث : فتح المنافذ والكُوّات للاستضاءة ، ولا منع منه بحال،لمصادفته الملك ، بل له إزالة رفع الجدار ، وجعل شباك مكانه .

فرع

قال الامام : لو فتح من لا باب له في السكة المنسدة باباً برضى أهلها، كان لأهلها الرجوع متى شاؤوا ،ولا يلزمهم بالرجوع شيء، بخلاف ما لو أعار الارض للبناء والغراس ، ثم رجع ، فانه لا يقلعه مجاناً . وهذا لم أره لغيره . والقياس : أن لا فرق .

فرع

قال الروياني : إذا كان بين داريه طريق نافذ ، فحفر تحته سرداباً من إحداهما إلى الأخرى ، وأحكمه بالأزج[1] لم يمنع . قال : وبمثلها أجاب الأصحاب فيما إذا لم يكن نافذاً ، لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق ، كاستطراق الدرب النافذ . قال : وغلط من قال بخلافه ، وهذا اختيار منه لكونها في معنى الشارع ، والظاهر خلافه . واعتذر الامام عن جواز دخولها بأنه من قبيل الاباحة المستفادة من قرائن الأحوال. **قلت** : هذا الذي ذكره الروياني - فيما إذا كان الطريق نافذاً - صحيح .وكذا صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . وأما تجويزه ذلك - فيما إذا لم يكن الطريق نافذاً - ونقله ذلك عن الأصحاب ، فضعيف ، ولا يوجد ذلك في كتب معظم الأصحاب ، ولعله وجده في كتاب أو كتابين ، فاني رأيت له مثل هذا كثيراً . وكيف كان ، فهذا الحكم ضعيف ، فان الأصحاب مصرحون بأن الطريق في السكة المسدودة ملك لأصحاب السكة ، وأنهم لو أرادوا سدها وجعلها مساكن ، جاز ، ونقل الامام اتفاق الأصحاب على هذا . وإذا ثبت أنها ملكهم ، فالقرار تابع للأرض كما يتبعها الهواء ، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضاهم ، كذا السرداب تحتها. والله أعلم

الفصل الثاني
في الجدار

الجدار بين المالكين قسمان .

---

(١) قال في « المصباح » : الأزج : بيت يبنى طولاً ، وأزجته تأزيجاً : إذا بنيته كذلك ، ويقال : الازج : السقف ، والجمع : آزاج ، كسبب وأسباب .

الأول : المختص . فهل للجار وضع الجذوع عليه بغير إذن مالكه ؟ قولان . القديم : نعم . ويجبر المالك إن امتنع ، والجديد : لا ، ولا يجبر .

قلت : الأظهر : هو الجديد . وممن نص على تصحيحه ، صاحب « المهذب » ، والجرجاني ، والشاشي ، وغيرهم ، وقطع به جماعة . والله أعلم

فعلى القديم : إنما يجبر بشروط .

أحدها : أن لا يحتاج مالك الجدار إلى وضع جذوع عليه .

والثاني : أن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار ، ولا يبني عليه أزجاً ، ولا يضع عليه ما يضر الجدار .

والثالث : أن لا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يريد تسقيفها ، أو لا يملك إلا جداراً ، فان ملك جدارين ، فليسقف عليهما ، وليس له إجبار صاحب الجدار . ولم يعتبر الامام هذا الشرط هكذا ، بل قال : يشترط كون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت ، ويحتاج رابعاً . فأما إذا كان الكل للغير ، فلا يضع قولاً واحداً . قال : ولم يعتبر بعض الأصحاب هذا الشرط ، واعتبر في « التتمة » مثل ما ذكره الامام ، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانباً أو جانبين . والمذهب : ما قدمناه . وإن قلنا بالجديد ، فلا بد من رضى المالك . فان رضي بلا عوض ، فهو عارية ، يرجع فيها قبل وضع الجذوع والبناء عليها قطعاً ، وبعده ، على الأصح كسائر العواري . وإذا رجع ، لا يتمكن من قلعه مجاناً . وفي فائدة رجوعه وجهان . أصحهما : أنه يتخير بين أن يبقى بأجرة ، وبين أن يقلع ، ويضمن أرش النقص ، كما لو أعار أرضاً للبناء . لكن في إعارة الأرض خصلة ثالثة ، وهي تملك البناء بقيمته ، وليس لمالك الجدار ذلك ، لأن الأرض أصل ، فجاز أن يستتبع البناء ، والجدار تابع ، فلا يستتبع . والثاني : ليس له إلا الاجرة ، ولا يملك القلع أصلاً ، لأن ضرر القلع يصل إلى ما هو خالص ملك المستعير ،

لأن الجذوع إذا رفعت أطرافها ، لم تستمسك على الجدار الباقي . والوجه الثاني : لا يملك الرجوع أصلاً ، ولا يستفيد به القلع ، ولا طلب الأجرة للمستقبل ، وبه قطع العراقيون ، لأن مثل هذه الاعارة ، يراد بها التأبيد ، فأشبه الاعارة لدفن ميت ، فانه لا ينبش ولا أجرة . فعلى هذا ، لو رفع الجذوع صاحبها ، أو سقطت بنفسها ، لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على الأصح . وكذا لو سقط الجدار فبناه مالكه بتلك الآلة ، لأن الاذن إنما تناول مرة . فان بناه بغير تلك الآلة ، فلا خلاف أنه لا يعيد إلا باذن جديد ، لأنه جدار آخر .

قلت : الخلاف في جواز الاعادة بلا إذن . فلو منعه المالك ، لم يعد بلا خلاف ، إذ لا ضرر ، كذا صرح به صاحب « التتمة » . وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجريان الوجهين في جواز منعه ، فقال في وجه : ليس له منعه ، لأنه صار له حق لازم ، هذا كله إذا وضع أولاً باذن . فلو ملكا دارين ، ورأيا خشباً على الجدار ، ولا يعلم كيف وضع ، فاذا سقط الحائط ، فليس له منعه من إعادة الجذوع بلا خلاف ، كذا صرح به القاضي بو الطيب وصاحب « المهذب » و « الشامل » وآخرون ، لأنا حكمنا بأنه وضع بحق ، وشككنا في المجوز للرجوع . ولو أراد صاحب الحائط نقضه ، فان كان مستهدماً ، جاز ، وحكم إعادة الجذوع ما سبق . وإن لم يكن مستهدماً ، لم يمكّن من نقضه قطعاً . والله أعلم

أما إذا رضي بعوض ، فقد يكون على وجه البيع أو الاجارة ، وسنتكلم فيهما إن شاء الله تعالى . ولو صالحه عنه على مال ، لم يجز على قول الاجبار ، لأن من ثبت له حق ، لا يجوز أخذ عوض منه عليه . وإن قلنا : لا ، جاز ، بخلاف الصلح عن الجناح ، لأنه هواء مجرد .

القسم الثاني : المشترك ، والكلام فيه في ثلاثة أمور .

الأول : الانتفاع به ، فليس لأحد الشريكين أن يتد فيه وتداً ، أو يفتح

فيه كوة ، أو يتّرب الكتاب بترابه بغير إذن شريكه ، كسائر الاملاك المشتركة ،لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع .ويستثنى من الانتفاع ، ضربان .

أحدهما : لو أراد أحدهما وضع الجذوع عليه ، ففي إجبار شريكه ، القولان، كالجار وأولى .

والثاني : مالا تقع فيه المضايقة من الانتفاعات ، فلكل واحد منهما الاستقلال به ، كالاستناد ، وإسناد المتاع إليه ، ويجوز في الجدار الخالص للجار مثله ، وهو كالاستضاءة بسراج الغير ، والاستظلال بجداره ، فانه جائز . ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد ، فهل يمتنع ؟ وجهان ، لأنه عناد محض .

قلت : أصحها : لا يمتنع . والله أعلم

ومن الضرب الثاني ، ما إذا بنى في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك ،بحيث لا يقع ثقله عليه .

الأمر الثاني : قسمته ، إما في كل الطول ونصف العرض ، وإما في نصف الطول وكل العرض ، وليس المراد بالطول : ارتفاعه عن الأرض ، فان ذلك سمك ، وإنما طول الجدار : امتداده من زاوية البيت إلى زاويته الأخرى مثلاً ، والعرض : هو البعد الثالث ، فاذا كان طوله عشرة أذرع ، وعرضه ذراعاً ، فقسمته في كل الطول ونصف العرض : أن يجعل لكل واحد نصف ذراع من العرض في طول عشرة أذرع . وقسمته بالعكس : أن يجعل لكل واحد خمس أذرع طولاً في عرض ذراع ، أو أي واحدٍ من النوعين تراضيا عليه ، جاز . لكن كيف يقسم ؟ وجهان . أحدهما : يعلم بعلامة وخط يرسم . والثاني : يشق وينشر بالمنشار . وينطبق على هذا الثاني ما ذكره العراقيون : أنهما لو طلبا من الحاكم القسمة بالنوع الأول ، لم يجبهما ،لأن شق الجدار في الطول إتلاف له ،وتضييع،

ولكنهما يباشرانها بأنفسهما إن شاءا ، وهو كما لو هدماه ، واقتسما النقض . وإن طلب أحدهما القسمة ، وامتنع الآخر ، نظر ، إن طلب النوع الأول ، لم يجب إليه على الصحيح لما فيه من الاضرار . وقيل : يجاب ويجبر الممتنع ، لكن لا يقسم بالقرعة، بل يخص كل واحد مما يليه . وإن طلب النوع الثاني ، لم يجب إليه على الأصح . أما إذا انهدم الجدار وظهرت العرصة ، أو كان بينهما عرصة جدار لم يبن عليها ، فطلب أحدهما قسمتها بالنوع الثاني ، يجاب قطعاً . وإن طلبها بالنوع الأول ، فان قلنا في الجدار : إن طالب مثل هذه القسمة يجاب ، ويخص كل واحد بالشق الذي يليه بغير قرعة ، فكذا هنا . وإن قلنا هناك : لا يجاب ، فهنا وجهان . أصحهما عند العراقيين وغيرهم : الاجابة . وإذا بنى الجدار وأراد تعريضه ، زاد فيه من عرض بيته .

الامر الثالث : العمارة ، فاذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدامه ، أو لغيره ، ففي « التهذيب » وغيره : أن النص إجبار الهادم على إعادته ، وأن القياس : أنه يغرم نقضه ولا يجبر على البناء ، لأن الجدار ليس مثلياً .

قلت : قد ذكر صاحب « التنبيه » وسائر العراقيين وطائفة من غيرهم، فيما إذا استهدم، فهدمه أحدهما بلا إذن ، طريقين . أصحهما : القطع باجباره على إعادة مثله . والثاني: فيه القولان السابقان في الاجبار ابتداءً ، أحدهما عليه إعادة مثله ، والثاني : لا شيء. وقطع إمام الحرمين في أواخر باب « ثمرة الحائط يباع أصله » بأن من هدم حائط غيره عدواناً ، يلزمه أرش ما نقص ، ولا يلزمه بناؤه ، لأنه ليس بمثلي ، والمذهب ما نص عليه . والله أعلم

ولو انهدم الجدار بنفسه ، أو هدماه معاً لاستهدامه أو غيره ، وامتنع أحدهما

من العمارة ، فقولان. القديم : إجباره عليها دفعاً للضرر وصيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل . والجديد : لا إجبار ، كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة ، ولأن الممتنع يتضرر أيضاً بتكليفه العمارة . ويجري القولان في النهر ، والقناة ، والبئر المشتركة ،إذا امتنع أحدهما من التنقية والعمارة .

قلت : لم يبين الامام الرافعي الأظهر من القولين ، وهو من المهمات . والأظهر عند جمهور الأصحاب ، هو الجديد. ممن صرح بتصحيحه : المحاملي ، والجرجاني ، وصاحب « التنبيه » وغيرهم . وصحح صاحب « الشامل » القديم ، وأفتى به الشاشي . وقال الغزالي في « الفتاوى » : الأقيس ، أن يجبر . وقال : والاختيار ، إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة ، أجبره . وإن كان لاعسار ، أو غرض صحيح ، أو شك فيه ، لم يجبر . وهذا التفصيل الذي قاله ، وإن كان أرجح من إطلاق القول بالاجبار ، فالمختار الجاري على القواعد : أن لا إجبار مطلقاً . والله أعلم

ولو كان علو الدار لواحد ، وسفلها لآخر ، فانهدمت ، فليس لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على معاونته في إعادة السفل . وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادته ليبني عليه ؟ فيه القولان . وقيل : القولان فيما إذا انهدم ، أو هدما ، فلا شرط . أما لو استهدم ، فهدمه صاحب السفل بشرط الاعادة ، فيجبر قطعاً . ويجري القولان ، فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما ، هل يجبر الآخر على مساعدته ؟

قلت : قال أصحابنا : ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشعث واحتاج إلى إصلاحه . والله أعلم

فرع

إذا قلنا بالقديم ، فأصر الممتنع ، أنفق الحاكم عليه من ماله . فان لم يكن له مال ، اقترض عليه ، أو أذن للشريك في الانفاق عليه ، ليرجع على الممتنع . فلو استقل به الشريك ، فلا رجوع على المذهب . وقيل : قولان . القديم : نعم . والجديد : لا . وقيل : يرجع في القديم . وفي الجديد ، قولان وقيل : إن لم يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم ، رجع ، وإلا ، فلا . ثم إذا بناه ، إن كان بالآلة القديمة ، فالجدار بينهما كما كان . والسفل في الصورة الأخرى لصاحبه كما كان ، وليس لصاحب العلو نقضه ولا منعه من الانتفاع بملكه . وإن بناه بآلة من عنده ، فالمعاد ملكه،وله نقضه . فلو قال الشريك: لا تنقض وأغرم لك نصف القيمة ، لم يجز له النقض،لأنا على هذا القول نجبر الممتنع على ابتداء العمارة ، فالاستدامة أولى .

فرع

إذا قلنا بالجديد ، فأراد الطالب الانفراد بالعمارة ، نظر ، إن أرادها بالنقض المشترك ، أو أراد صاحب العلو إعادة السفل بنقض صاحب الأسفل ، أو بآلة مشتركة ، فللآخر منعه . وإن أراد بناءه بآلة من عنده،فله ذلك ليصل إلى حقه . ثم المعاد ملكه ، يضع عليه ما شاء ، وينقضه إذا شاء . فلو قال شريك الجدار : لا تنقض لأغرم لك نصف القيمة ، أو قال صاحب السفل : لا تنقض لأغرم لك القيمة ، لم يلزمه إجابته على هذا القول كابتداء العمارة . ولو قال صاحب السفل : انقض ما أعدته لأبنيه بآلة نفسي . فان كان طالبه بالبناء ، فامتنع ، لم يجبره ، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه ، لم يجب ، لكن له أن يتملك السفل بالقيمة ، ذكره في

« التهذيب » ،وإن لم يبن عليه العلو ، أجيب صاحب السفل ، ومتى بنى بآلة نفسه، فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد ،بفتح كوة وغرز وتد ونحوهما ، وليس له منع صاحب السفل من السكون على الصحيح ، لأن العرصة ملكه. ولو أنفق على البئر والنهر ، فليس له منع الشريك من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره ، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدثين . ولو كان للممتنع على الجدار المنهدم جذوع، فأراد إعادتها بعد أن بناه الطالب بآلة نفسه ، لزمه تمكينه ،أو نقض ما أعاد ليبني معه الممتنع ، ويعيد جذوعه .

فرع

لو تعاونا على إعادة الجدار المشترك بنقضه ، بقي على ما كان . فلو شرطا زيادة لأحدهما ، لم يصح على الصحيح . وفي وجه : يصح،لتراضيهما . فلو انفرد أحدهما بالبناء بالنقض المشترك باذن شريكه ، بشرط أن يكون له الثلثان ، جاز ، ويكون السدس الزائد في مقابلة عمله في نصيب الآخر، هكذا أطلقوه . واستدرك الامام فقال : هذا مصور فيما إذا شرط له سدس النقض في الحال ، لتكون الأجرة عتيدة[1].فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء، فلا يصح،لأن الأعيان لا تؤجل . ولو بناه أحدهما بآلة نفسه باذن الآخر ، بشرط أن يكون ثلثا الجدار له ، فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له ، وعمله فيه بسدس العرصة المبني عليها . وفي صحة هذه المعاملة قولان ، لجمعها بيعاً وإجارة . وشرط صحتها: معرفة الآلات وصفة الجدار ، ويعود النظر في شرط ثلث النقض في الحال ، أو بعد البناء .

فرع

إذا كان له حق إجراء ماء في ملك غيره ، فانهدم ، لم يجب على مستحق الاجراء

(١) قال في « المصباح » : عتد الشيء عتاداً : حضر ، فهو عتد وعتيد .

مشاركته في العمارة ، لأنها تتعلق بالآلات وهي لمالكها . وإن كان الانهدام بسبب الماء ، فلا عمارة عليه أيضاً . قال الامام : وفيه احتمال ، لكن الظاهر ، أن لا عمارة عليه ، لأن الانهدام تولد من مستحق .

الفصل الثالث

في السقف

فاذا كان السفل لرجل ، والعلو لرجل ، فقد يكون السقف بين ملكيهما مشتركا ، وقد يكون لأحدهما . وحكم القسمين في الانتفاع ، يخالف حكمها في الجدار ، فيجوز لصاحب العلو ، الجلوس ووضع الأثقال عليه على العادة ، ولصاحب السفل الاستكنان به ، وتعليق ما ليس له ثقل يتأثر به السقف ، كالثوب ونحوه قطعاً . وفي غيره ، أوجه . أحدها : لا يجوز أصلاً . والثاني : يجوز مالا يحتاج إلى إثبات وتد في السقف . وأصحها : يجوز مطلقاً على العادة بلا فرق بين ما يحتاج إلى وتد وغيره . قال الشيخ أبو محمد : فان قلنا : ليس له إثبات الوتد والتعليق فيه ، فليس لصاحب العلو غرز الوتد في الوجه الذي يليه . وإن جوزناه له ، ففي جوازه لصاحب العلو وجهان ، لندور حاجته ، بخلاف التعليق.

فرع

إذن المالك لغيره في البناء على ملكه ، قد يكون بغير عوض ، وهو الاعارة ، وقد يكون بعوض . فمن صوره ، أن يُكري أرضه ، أو رأس جداره ، أو سقفه ، مدة معلومة بأجرة معلومة ، فيجوز ، وسبيله سبيل سائر الاجارات . ومنها أن يأذن فيه بصيغة البيع ، ويبين الثمن ، وهو صحيح ، خلافاً للمزني رحمه الله . ثم يتصور

ذلك بعبارتين . إحداهما : أن يبيع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم . والثانية : أن يبيع حق البناء على ملكه . والأولى ، هي عبارة الشافعي رضي الله عنه وجماهير الأصحاب . والثانية : عبارة الامام ، والغزالي ، رحمها الله تعالى. والأشبه : أن المراد منها شيء واحد . ثم في حقيقة هذا العقد ، أوجه . أحدها: أنه بيع ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجذوع . والثاني : أنه إجارة . وإنما لم يشترط تقدير المدة ، لأن العقد الوارد على المنفعة ، تتبع فيه الحاجة . فاذا اقتضت التأبيد ، أبد، كالنكاح . وأصحها : أنه ليس بيعاً ولا إجارة محضين ، بل فيه شبهها، لكونه على منفعة ، لكنها مؤبدة . فاذا قلنا : ليس بيعاً ،فعقده بلفظ الاجارة ،ولم يتعرض لمدة ، انعقد أيضاً على الأصح ، كما ينعقد بلفظ الصلح ؛ لأنه كما يوافق البيع في التأبيد ، يوافقها في المنفعة . وإذا جرت هذه المعاملة ، وبنى المشتري عليه، لم يكن للبائع أن يكلفه النقض ليغرم له أرش النقص . ولو انهدم الجدار أو السقف بعد بناء المشتري عليه وإعادة مالكه ، فللمشتري إعادة البناء بتلك الآلات أو بمثلها . ولو انهدم قبل البناء، فللمشتري البناء عليه إذا أعاده . وهل يجبره على إعادته ؟ فيه الخلاف السابق . ولو هدم صاحب السفل أو غيره السفل قبل بناء المشتري ، فعلى الهادم قيمة حق البناء للمشتري ، لأنه حال بينه وبين حقه . فلو أعيد السفل ، استرد الهادم القيمة لزوال الحيلولة.ولو كان الهدم بعد البناء ،فالقياس أن يقال:إن قلنا : إن من هدم جدار غيره ، يلزمه إعادته ، لزمه إعادة السفل والعلو . وإن قلنا : عليه أرش النقص ، فعليه أرش نقص الآلات ، وقيمة حق البناء للحيلولة . وبالجملة لا ينفسخ هذا العقد بعارض هدم وانهدام ، لالتحاقه بالبيوع.

فرع

سواء جرى الاذن في البناء بعوض أو بغيره ، يجب بيان قدر الموضع المبني

عليه طولاً وعرضاً ، ويجب مع ذلك إن كان البناء على الجدار أو السطح ، بيان سمك البناء وطوله وعرضه ، وكون الجدران منضدة أو خالية الأجواف ، وكيفية السقف المحمول عليه ، لأن الغرض يختلف بذلك . وفي وجه : يكفي إطلاق ذكر البناء ، ويحمل على ما يحتمله المبني عليه ، ولا يشترط التعرض لوزن ما يبنيه على الصحيح ، لأن التعريف في كل شيء بحسبه . ولو كانت الآلات حاضرة ، أغنت مشاهدتها عن كل وصف . وإذا أذن في البناء على أرضه ، لم يجب ذكر سمك البناء وكيفيته على الصحيح ، لأن الأرض تحتمل كل شيء .

فرع

ادعى بيتاً في يد رجل ، فأقر ،وتصالحا على أن يبني المقر على سطحه ، جاز وقد أعاره المقر له سطح بيته للبناء . ولو تنازعا في سفله ، واتفقا على كون العلو للمدعى عليه ، فأقر له بما ادعى ، وتصالحا على أن يبني المدعي على السطح ، ويكون السفل للمدعى عليه ، جاز ، وذلك بيع السفل بحق البناء على العلو .

فصل

من احتاج إلى إجراء ماء المطر من سطحه على سطح غيره ، أو إجراء ماء في أرض رجل ، لم يكن له إجبار صاحب السطح والأرض على المذهب . وحكي قول قديم : أنه يجبر ، وهو شاذ . فان أذن فيه باجارة ، أو إعارة ، أو بيع ، جاز . ثم في السطح لا بد من بيان الموضع الذي يجري عليه الماء ، والسطوح التي ينحدر الماء إليه منها . ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر ، لانه لا يمكن معرفته ، وهذا عقد جوز للحاجة . وإذا أذن وبيّن ، ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء ، فان كان عارية ، فهو

رجوع ، وإن كان بيعاً أو إجارة ، فللمشتري أو المستأجر نقب البناء وإجراء الماء فيه . وأما في الارض ، فقال في « التهذيب » : لا حاجة في العارية إلى بيان ،لأنه إذا شاء رجع ، والأرض تحتمل ما تحتمل.وإن أجر ، وجب بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها ، وقدر المدة . قال في « الشامل » : ويشترط كون الساقية محفورة . وإذا استأجر ، لا يملك الحفر . وإن باع ، وجب بيان الطول والعرض . وفي العمق وجهان ، بناءً على أن المشتري ،يملك موضع المجرى ،أم لا يملك إلا حق الاجراء ؟ ومقتضى كلام الأصحاب ترجيح الأول . هذا إذا كان لفظ البيع : بعتك مسيل الماء . فان قال : حقَّ مسيل الماء ، فهو كبيع حق البناء، ويجيء في حقيقة العقد ما سبق في بيع حق البناء . وفي المواضع كلها ، ليس له دخول الأرض بغير إذن مالكها ، إلا أن يريد تنقية النهر ، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرجه من النهر .

فرع

المأذون له في إجراء ماء المطر ، ليس له إلقاء الثلج، ولا أن يترك الثلج حتى يذوب ويسيل إليه ، ولا أن يجري فيه ما يغسل به ثيابه وأوانيه ، بل لا يجوز أن يصالح على ترك الثلوج على سطحه ولا إجراء الغسالات على مال ، لان الحاجة لا تدعو إليه . وفي الاول ، ضرر ظاهر . وفي الثاني ، جهالة . والمأذون له في إلقاء الثلج ، ليس له إجراء الماء .

فرع

تجوز المصالحة على قضاء الحاجة في حش غيره على مال ، وكذا على جمع الزبل

والقامة في ملكه ، وهي إجارة يراعى فيها شرائطها ، وكذا المصالحة على البيتوتة على سطح . فلو باع مستحق البيتوتة منزله ، فليس للمشتري أن يبيت عليه ،بخلاف ما إذا باع مستحق إجراء الماء على سطح غيره مدة[بقاء]داره،فان المشتري يستحق الاجراء بقية المدة ، لان الاجراء من مرافق الدار ، بخلاف البيتوتة .

فرع

لو خرجت أغصان شجرة إلى هواء ملك جاره ، فللجار مطالبته بازالتها . فان لم يفعل ، فله تحويلهـا عن ملكه . فان لم يمكن ، فله قطعها،ولا يحتـاج فيه إلى إذن القاضي ، وفيه وجه ضعيف . فلو صالحه على إبقائها بعوض ، لم يصح إن لم يستند الغصن إلى شيء ، لأنه اعتياض عن مجرد الهواء . وإن استند إلى جدار ، فان كان بعد الجفاف ، جـاز ، وإن كان رطباً ، فلا،لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره . فقال طائفة من أصحابنـا البصريين : يجوز ، وما ينمى يكون تابعاً . والأول أصح . وانتشار العروق ، كانتشار الاغصان . وكذلك ميل الجدار إلى هواء الجار ، قاله الاصطخري .

الباب الثالث

في التنازع

فيه مسائل .

الأولى : إذا ادعى على رجلين داراً في يدهما ، فصدقه أحدهما ، وكذبه الآخر، ثبت له النصف باقرار المصدق ، والقول قول المكذب . فلو صالح المدعي المقر على مال ، وأراد المكذب أخذها بالشفعة ، ففيه طريقان .

أحدهما ، قول الشيخ أبي حامد وجماعة : إن ملكاها في الظاهر بسببين مختلفين ، فله ذلك ، لأنه لا تعلق لأحد الملكين بالآخر . وإن ملكا بسبب واحد ، من إرث ، أو شراء ، فوجهان . أحدهما : المنع ، لأنه زعم أن الدار ليست للمدعي ، وأن الصلح باطل . وأصحها : يأخذ ، لأنا حكمنا في الظاهر بصحة الصلح. ولا يبعد انتقال ملك أحدهما فقط وإن ملكا بسبب .

والطريق الثاني ، قاله ابن الصباغ : إن اقتصر المكذب على قوله : لا شيء لك في يدي ، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك ، أخذ . وإن قال مع ذلك : وهذه الدار ورثناها ، ففيه الوجهان. وهذا الطريق ، أقرب ، مع أن قوله : ورثناها ، لا يقتضي بقاء نصيب الشريك في ملكه ، بل يجوز انتقاله إلى المدعي . فالاختيار : أن يقطع بجواز الأخذ ، إلا أن يقول : إن الشريك مالك في الحال .

قلت : هذا الذي اختاره ، هو الصواب ، وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه . والله أعلم

المسألة الثانية : ادعى رجلان داراً في يد رجل ، فأقر لأحدهما بنصفها ، نظر ، إن ادعياها إرثاً ولم يتعرضا لقبض ، شارك صاحبه فيما أخذه ، لأن التركة مشتركة ، فالحاصل منها مشترك . وإن قالا : ورثناها وقبضناها ، ثم غصبناها ، لم يشاركه على الصحيح وقول الأكثرين . فان ادعيا ملكاً بشراء أو غيره ، فان لم يقولا : اشترينا معاً ، فلا مشاركة . وإن قالا : اشترينا معاً ، أو اتهبنا معاً ، وقبضنا معاً ، فوجهان . أصحها : أنه كالارث . والثاني : لا مشاركة . فلو لم يتعرضا لسبب الملك ، فلا مشاركة قطعاً ، نص عليه في « المختصر » . وحيث شركنا في هذه الصور ، فصالح المصدق المدعى عليه على مال ، فان كان باذن الشريك ، صح ، وإلا ، فباطل في نصيب الشريك . وفي نصيبه قولا تفريق الصفقة . وقيل : يصح في جميع المقرّ به

لتوافق المتعاقدين، وهو ضعيف . ولو ادعيا داراً في يده ، فأقر لأحدهما بجميعها ، فان وجد من المقر له في الدعوى ما يتضمن إقراراً لصاحبه ، بأن قال : هذه الدار بيننا ، ونحو ذلك ، شاركه . وإن لم يوجد ، بل اقتصر على دعوى النصف ، نظر ، إن قال بعد إقرار المدعى عليه بالكل: الجميع لي ، سلم الجميع له ، ولا يلزم من ادعائه النصف أن لا يكون الباقي له ، ولعله ادعى النصف ، لكون البينة ما تساعده على غيره ، أو يخاف الجحود الكلي . وإن قال : النصف الآخر لصاحبي ، سلم لصاحبه . وإن لم يثبته لنفسه، ولا لرفيقه ، فهل يترك في يد المدعى عليه ، أم يحفظه القاضي ، أم يسلم إلى رفيقه ؟ فيه أوجه ، أصحها: أولها .

الثالثة : تداعيا جداراً حائلاً بين ملكيهما ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بنائه ، فيرجح جانبه . وصورته: أن يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص ، ونصف جداره الخاص في المتنازع فيه، ويظهر ذلك في الزوايا. وكذلك لو كان لأحدهما عليه أزج لا يمكن إحداثه بعد بناء الجدار بتمامه ، بأن أميل من مبدإ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً. وإذا ترجح جانبه، حلف وحكم له بالجدار ، إلا أن تقوم بينة على خلافه . ولا يحصل الرجحان بوجود الترصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار ، لامكان إحداثه بعد بناء الجدار بنزع لبنة ونحوها ، وإدراج أخرى . ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على خشبة طرفها في ملك أحدهما ، وليس منها شيء في ملك الآخر ، فالخشبة لمن طرفها في ملكه ، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً ، قال الامام : ولا يخلو من احتمال .

الحال الثاني : أن يكون متصلاً ببنائهما جميعاً ، أو منفصلاً عنهما، فهو في أيديهما ، فان أقام أحدهما بينة ، قضي له ، وإلا ، فيحلف كل واحد منهما للآخر . فاذا حلفا ، أو نكلا ، جعل الجدار بينهما بظاهر اليد. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر،

قضي للحالف بالجميع . وهل يحلف كل واحد على النصف الذي يحصل له ، أم على الجميع لأنه ادعاه ؟ وجهان . أصحهما : الأول . قال الشافعي رضي الله عنه: ولا أنظر إلى من إليه الدواخل والخوارج،ولا أنصاف اللبن ،ولا معاقد القُمُط(١) معناه : لا أرجح بشيء منها . قال المفسرون لكلامه : المراد بالخوارج : الصور ، والكتابة المتخذة في ظاهر الجدار . وبالدواخل : الطاقات ، والمحاريب في باطن الجدار . وبأنصاف اللبن : أن يكون الجدار من لبنات مقطعة ، فتجعل الاطراف الصحاح إلى جانب ، ومواضع الكسر إلى جانب . ومعاقد القمط ، تكون في الجدار المتخذ من قصب أو حصير ونحوهما . وأغلب ما يكون ذلك ، في الستر بين السطوح ، فيشد بحبال ، أو خيوط . وربما جعل عليها خشبة معترضة، فيكون العقد من جانب ، والوجه المستوي من جانب . ولو كان لأحدهما عليه جذوع ، لم يرجح،لأنه لا يدل على الملك، كما لو تنازعا داراً في يدهما ولأحدهما فيها متاع، فاذا حلفا ، بقيت الجذوع بحالها ،لاحتمال أنها وضعت بحق .

الرابعة : السقف المتوسط بين سفل أحدهما وعلو الآخر ، كالجدار بين ملكيهما،فاذا تداعياه،فان لم يكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو ،جعل في يد صاحب السفل ، لاتصاله ببنائه على سبيل الترصيف . وإن أمكن بأن يكون السقف عالياً ، فيثقب وسط الجدار، وتوضع رؤوس الجذوع في الثقب ، فيصير البيت بيتين ، فهو في أيديهما،لاشتراكهما في الانتفاع به .

الخامسة : علو الخان أو الدار لأحدهما ، والسفل الآخر ، وتنازعا في العرصة أو الدهليز . فان كان المرقى في الصدر ،جعلت بينهما،لأن لكل واحد يدا ، وتصرفا

---

(١) القمط : الشرط ، جمع شريط ، وهو ما يعمل من ليف وخوص . وقيل : القمط: الخشب التي تكون على ظاهر الخص أو باطنه .

بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرهما . قال الامام : وكان لا يبعد أن يقال : ليس للعلو إلا الممر ، وتجعل الرقبة للسفل . لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب . وإن كان المرقى في الدهليز أو الوسط ، فمن أول الباب إلى المرقى ، بينهما ، وفيما وراءه ، وجهان . أصحهما : لصاحب السفل ، لانقطاع صاحب العلو عنه ، واختصاص صاحب السفل يداً وتصرفاً . والثاني : بينهما ، لأن صاحب العلو قد ينتفع به بوضع الأمتعة فيه ، وطرح القمامة . وإن كان المرقى خارجاً ، فلا تعلق لصاحب العلو بالعرصة بحال . ولو تنازعا المرقى وهو داخل ، فان كان منقولاً كالسلّم الذي يوضع ويرفع ، فان كان في بيت لصاحب السفل ، فهو في يده ، وإن كان في غرفة لصاحب العلو ، ففي يده . وإن كان منصوباً في موضع المرقى [١] ، فنقل ابن كج عن الأكثرين : أنه لصاحب العلو ، لعود منفعته إليه . وعن ابن خيران : أنه لصاحب السفل كسائر المنقولات . وهذا هو الوجه . وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه ، كالسلّم المسمَّر ، والأخشاب المعقودة ، فلصاحب العلو ، لعود نفعه إليه . وكذا إن كان مبنياً من لبن أو آجرّ إذا لم يكن تحته شيء . فان كان تحته بيت ، فهو بينهما كسائر السقوف . وإن كان تحته موضع حب أو جرّة ، فالأصح : أنه لصاحب العلو . والثاني : أنه كما لو كان تحته بيت .

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : الرقي .

كتاب الحوالة

أصلها مجمع عليه . ومن أحيل على مليء استحب أن يحتال . ولا بد في وجودها من ستة أمور : محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، ودين للمحتال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، ومراضاة بالحوالة بين المحيل والمحتال .

ويشترط في صحتها أمور . منها ما يرجع إلى الدينين ، ومنها ما يتعلق بالأشخاص الثلاثة.

وفي حقيقة الحوالة ، وجهان . أحدهما : أنها استيفاء حق، كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه . إذ لو كانت معاوضة ، لما جاز فيها التفرق قبل القبض إذا كانا ربويين . وأصحهما : أنها بيع ، وهو المنصوص ، لأنها تبديل مال بمال .وعلى هذا ، وجهان . أحدهما : أنها بيع عين بعين ، وإلا ، فيبطل [1]، للنهي عن بيع دين بدين . والصحيح : أنها بيع دين بدين ، واستثني هذا للحاجة . قال الامام وشيخه رحمها الله : لا خلاف في اشتمال الحوالة على المعنيين : الاستيفاء والاعتياض ، والخلاف في أن أيهما أغلب ؟

أما شروطها فثلاثة .

الاول : الرضى ، فلا تصح إلا برضى المحيل والمحتال . وأما المحال عليه ، فان كان عليه دين للمحيل ، لم يعتبر رضاه على الأصح . وإن لم يكن ، لم يصح بغير رضاه قطعاً . وباذنه وجهان ، بناءً على أنها اعتياض أم استيفاء ، إن قلنا : استيفاء ، صح ، وإلا ، فلا . فان صححنا ، فوجهان . أحدهما : يبرأ المحيل بنفس الحوالة كسائر الحوالات . وأصحهما وبه قطع الأكثرون : لا يبرأ ، بل قبوله ضمان مجرد . فان قلنا : لا تصح هذه الحوالة ، فلا شيء على المحال عليه . فان تطوع وأداه ، كان قضاءً لدين غيره . وإن قلنا : يصح ، فهو كما لو ضمن ، فيرجع على المحيل إن أدى باذنه ، وكذا بغير إذنه على الأصح ، لجريان الحوالة باذنه ، وفي رجوعه قبل

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : فليبطل .

الأداء ، وجهان بناءً على براءة المحيل . إن قلنا : يبرأ ، فنعم ، وإلا ، فلا .
وإذا طالب المحتال بالأداء ، فله مطالبة المحيل بتخليصه . وهل له ذلك قبل مطالبة المحتال ؟ وجهان ، كالوجهين في مطالبة الضامن . ولو أبرأ المحتال ، لم يرجع على المحيل بشيء . ولو قبضه المحتال ثم وهبه له ، ففي الرجوع وجهان .

قلت : أصحهما : الرجوع . **والله أعلم**

ولو ضمن عنه ضامن ، لم يرجع على المحيل حتى يأخذ المحتال منه ، أو من ضامنه.
ولو أحال المحتال على غيره ، نظر ، إن أحاله على من عليه دين ، رجع على محيله بنفس الحوالة ، لحصول الأداء بها . وإن أحال على من لا دين عليه ، لم يرجع [ما لم يرجع](١) عليه الذي أحال عليه .

فرع

قد ذكرنا أن الرضى شرط . والمراد به : الايجاب والقبول . ولو قال المحتال: أحلني . فقال : أحلتك ، ففيه الخلاف السابق في مثله في البيع . وقيل : ينعقد هنا قطعاً ، لأن مبناها على الرفق والمسامحة .

الشرط الثاني : أن يكون ديناً لازماً ، أو مصيره إلى اللزوم .

والدين ، ضربان . لازم ، وغيره .

أما غيره ، ففيه مسائل .

إحداها : الثمن في مدة الخيار ، تصح الحوالة به وعليه ، على الأصح .
فان منعنا ، ففي انقطاع الخيار به ، وجهان . وإن جوزنا ، فقطع الامام والغزالي: بأنه لا يبطل الخيار . فلو اتفق فسخ البيع ، بطلت الحوالة ، لأنها إنما صحت لافضاء البيع إلى اللزوم . فاذا لم يفض ، لم تصح . ومنقول الشيخ أبي علي واختياره ، بطلان

(١) ما بين معقفين زيادة من مخطوطة الظاهرية .

الخيار ،لأن مقتضى الحوالة اللزوم . فلو بقي الخيار ، فات مقتضاها ،فإن أبطلنا ، فأحال البائع المشتري على ثالث ، بطل خيارهما ، لتراضيهما. وإذا أحال البائع رجلاً على المشتري ، لا يبطل خيار المشتري إلا إذا فرض منه قول ورضىً . وأما الحوالة بالثمن بعد انقضاء الخيار ، وقبل قبض المبيع ، فالمذهب الذي عليه الجمهور: القطع بجوازها . وللمسعودي إشارة إلى منعها ، لكونه غير مستقر . وقد اشتهر في كتب الأصحاب اشتراط استقرار ما يحال به وعليه .

المسألة الثانية : إذا أحال السيد على مكاتبه بالنجوم ، لم يصح على الأصح . وقال الحليمي : يصح . ولو أحال المكاتب سيده بالنجوم ، صح على الأصح ، وبه قطع الأكثرون . ولو كان للسيد عليه دين معاملة ، فأحال عليه ، بني على أنه لو عجَّز نفسه ، هل يسقط ذلك الدين ؟ إن قلنا : لا ، صحت ، وإلا ، فلا .

قلت : الأصح : الصحة ، وبه قطع صاحب « الشامل » . والله أعلم

الثالثة : مال الجعالة . القياس أن يجيء في الحوالة به وعليه ، الخلاف المذكور في الرهن به ، وفي ضمانه . وقطع المتولي بجوازها به وعليه بعد العمل ، ومنعها قبله .

قلت : قطع الماوردي بالمنع مطلقاً . والله أعلم

قال المتولي : لو أحال من عليه الزكاة الساعي ، جاز إن قلنا : هي استيفاء . وإن قلنا : اعتياض ، فلا ، لامتناع أخذ العوض عن الزكاة .

الضرب الثاني : الدين اللازم ، فتجوز الحوالة به وعليه ، سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب ، أو اختلفا ،بأن كان أحدهما ثمناً ، والآخر أجرة ، أو قرضاً ، أو بدل متلف .

قلت : أطلق الامام الرافعي ، أن الدين اللازم ، تصح الحوالة به وعليه ، واقتدى في ذلك بالغزالي ، وليس كذلك ، فان دين السلم لازم ، ولا تصح الحوالة به ولا عليه على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون . وحكي وجه في « الحاوي » و « التتمة » وغيرهما : أنه يجوز بناءً على أنها استيفاء ، وسبقت هذه المسألة في باب حكم المبيع قبل القبض . فكان ينبغي أن يقول : الدين المستقر ، ليخرج هذا . والله أعلم

فرع

كل دين تجوز الحوالة به وعليه ، فسواء كان مثلياً كالأثمان والحبوب ، أو متقوّماً كالثياب والعبيد . وفي وجه : يشترط كونه مثلياً . ولا خلاف أنه يشترط العلم بقدر ما يحال به وعليه ، وبصفتها ، إلا إذا أحال بابل الدية أو عليها ، وصححنا الحوالة في المنقولات [1] ، فوجهان ، أو قولان ، بناءً على جواز المصالحة والاعتياض عنها . والأصح : المنع ، للجهل بصفتها .

الشرط الثالث : اتفاق الدينين ، فيشترط اتفاقهما جنساً ، وقدراً ، وحلولاً ، وتأجيلاً ، وصحة ، وتكسراً ، وجودة ، ورداءة . وفي وجه : تجوز الحوالة بالقليل على الكثير ، وبالصحيح على المكسر ، وبالجديد على الرديء ، وبالمؤجل على الحال ، وبالأبعد أجلاً على الأقرب ، وكأنه تبرع بالزيادة . والصحيح : المنع . قال المتولي : ومعنى قولنا : هذه الحوالة غير صحيحة عند الاختلاف ، أن الحق لا يتحول من الدراهم إلى الدنانير مثلاً ، لكنها لو جرت فهي حوالة على من لا دين عليه وسبق حكمها .

فصل

الحوالة إذا جرت بشروطها ، برىء المحيل من دين المحتال ، وتحوّل الحق إلى

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : المتقومات .

ذمة المحال عليه ، وبرىء المحال عليه من دين المحيل . حتى لو أفلس المحال عليه ومات ، أو لم يمت ، أو جحد وحلف ، لم يكن للمحتال الرجوع إلى المحيل ، كما لو أخذ عوضاً عن الدين ثم تلف في يده . فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الافلاس ، أو الجحود ، فهل تصح الحوالة والشرط ، أم الحوالة فقط ؟ أم لا يصحان ؟ فيه أوجه ، هذا إذا طرأ الافلاس . فلو كان مفلساً حال الحوالة ، فالصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب : أنه لا خيار للمحتال ، سواء شرط يساره ، أم أطلق . وفي وجه : يثبت خياره في الحالين ، وفي وجه : يثبت إن شرط فقط . واختار الغزالي، الثبوت مطلقاً ، وهو خلاف المذهب .

فرع

صالح مع أجنبي عن دين على عين [١] ، ثم جحده الأجنبي وحلف ، ففي عوده إلى من كان عليه الدين ، وجهان . قال القاضي حسين : نعم . وأبو عاصم : لا .

قلت : الأصح : قول القاضي . والله أعلم

فرع

خرج المحال عليه عبداً . فان كان لأجنبي ، وللمحيل دين في ذمته ، صحت الحوالة ، كما لو أحال على معسر ، ويتبعه المحتال بعد العتق . وهل له الرجوع على المحيل؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا بان معسراً ، وأولى بالرجوع . وإن كان عبداً للمحيل ، فان كان له في ذمته دين ، بأن ثبت قبل ملكه ، وقلنا : لا يسقط ، فهو كما لو كان لأجنبي . وإن لم يكن له في ذمته دين ، فهي حوالة على من لا دين

(١) وفي هامش إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : كذا في الأصل ، وبخط المؤلف على الحاشية ، هذه صورته : « دين » نسخة .

عليه . فان صححناها وجعلناها ضماناً ، فهو ضمان العبد عن سيده باذنه ،وسيأتي بيانه في كتاب الضمان إن شاء الله تعالى . ولا يخفى حكمه لو كان لأجنبي ولم يكن المحيل عليه دين .

فصل

إذا اشترى عبداً، وأحال البائع بالثمن على رجل،ثم علم بالعبد عيباً قديماً ، فرده بالعيب أو بالاقالة ، أو التحالف، أو غيرها ، ففي بطلان الحوالة ، ثلاثة طرق . أحدها : البطلان . والثاني : لا . والثالث : على قولين .أظهرهما : البطلان، وهما مبنيان على أنها استيفاء أم بيع ؟ إن قلنا : استيفاء ، بطلت ، وإلا ، فلا .

قلت : المذهب : البطلان ،وصححه في « المحرر » . **والله أعلم**

وسواء كان الرد بالعيب بعد قبض المبيع ، أو قبله ، على المذهب ،وبه قطع الجمهور . وقيل : إنما الخلاف إذا كان بعده . فان رد قبله ، بطلت قطعاً ،لعدم تأكدها . وسواء كان الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة ، أم قبله على الأصح ، وهو اختيار الأكثرين . وقال العراقيون والشيخ أبو علي: إن كان بعده ، لم تبطل قطعاً ، وإنما الخلاف قبله . ولو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن ،فقيل : فيه القولان،والمذهب : أنها لا تبطل قطعاً، وبه قطع الجمهور ، سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري ، أم لا . والفرق ، أن هنا تعلق الحق بثالث ، فاذاً القولان مخصوصان بالصورة الأولى ، فنفرع عليها . فان لم نبطلها ، لم يطالب المشتري المحال عليه بحال ، بل يرجع على البائع فيطالبه إن كان قبض مال الحوالة ، ولا يتعين حقه في ما أخذ ، بل له إبداله. وإن لم يقبضه ، فله قبضه . وهل للمشتري الرجوع

عليه قبل قبضه لكون الحوالة كالمقبوض ، أم لا،لعدم حقيقة القبض ؟ وجهان .
أصحهما : الثاني . فعلى هذا له مطالبته بتحصيل القبض ليرجع عليه . وفي وجه :
لا يملك مطالبته بالتحصيل أيضاً ، وهو شاذ ضعيف . وأما إذا أبطلنا الحوالة ، فان كان قبض
من المحال عليه ، فليس له رده عليه ، لأن قبضه باذن المشتري . فلو رد ، لم يسقط عنه مطالبة
المشتري ، بل يلزمه الرد على المشتري ، ويتعين حقه فيما قبضه . فان كان تالفاً ، لزمه بدله ،
وإن لم يكن قبضه ، فليس له قبضه،لأنه عاد إلى ملك المشتري كما كان . فلو خالف وقبض،
لم يقع عنه . وفي وقوعه عن المشتري ، وجهان . أحدهما : يقع ، لبقاء الاذن . وأصحهما :
لا ، لعدم الحوالة والوكالة ، ولأنه إنما يقبض لنفسه ، ولم يبق له حق ، بخلاف ما إذا
فسدت الشركة والوكالة ، فان التصرف يصح ، لبقاء الاذن ، لكن التصرف يقع
للموكل . أما في صورة إحالة البائع على المشتري ، إذا قلنا بالمذهب : إنها لا تبطل،
فان كان المحتال قبض من المشتري ، رجع المشتري على البائع ، وإن لم يقبض ،فهل
للمشتري الرجوع في الحال ، أم لا يرجع إلا بعد القبض ؟ فيه الوجهان السابقان .

فرع

قال ابن الحداد : إذا أحالها بصداقها ، ثم طلقها قبل الدخول ، لم تبطل الحوالة،
وللزوج مطالبتها بنصف المهر . قال مَن شرح كتابه : المسألة تترتب على ما إذا أحال
المشتري البائع . فان لم تبطل هناك ، فهنا أولى ، وإلا ففي بطلانها في نصف الصداق ،
وجهان . والفرق أن الطلاق سبب حادث ، لا يستند إلى ما تقدم ، بخلاف الفسخ ،
ولأن الصداق أثبت من غيره . ولو أحالها ثم انفسخ النكاح بردّتها ، أو بفسخ
أحدهما بعيب ، لم تبطل الحوالة على الأصح أيضاً ، ويرجع الزوج عليها في صورة

الطلاق بنصف الصداق ، وبجميعه في الردة والفسخ . وإذا قلنـا بالبطلان ، فليس له مطالبة المحال عليه ، ويطالب الزوج بالنصف في الطلاق.

فرع

باع عبداً وأحال بثمنه على المشتري ، ثم تصادق المتبايعان على أنه حر الأصل. فان وافقهما المحتال ، أو قامت بينة بحريتـه ، بطلت الحوالة ، لبطلان البيـع ، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ، ويبقى حقه كما كان ، وهذه البينة يقيمها العبد ، أو يشهدون حسبة . ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان ، لأنهما كذباها بدخولهما في البيع. وإن كذبهما المحتال ، ولا بينة ، فلهما تحليفه على نفي العلم ، فاذا حلف ، بقيت الحوالة في حقه ، وله أخذ المال من المشتري . وهل يرجع المشتري على البائع لأنه قضى دينه باذنه ؟ أم لا ، لأنه يقول : ظلمني المحتال بما أخذ ، والمظلوم لا يطالب غير ظالمه ؟ قال في « التهذيب » بالثاني . وقال الشيخ أبو حامد ، وابن كج ، وأبو علي بالأول. فعلى هذا ، يرجع إذا دفع المال إلى المحتال . وفي رجوعه قبله ، الوجهان السابقان. وإن نكل المحتال ، حلف المشتري . ثم إن جعلنا اليمين المردودة كالاقرار ، بطلت الحوالة . وإن جعلناها كالبينة ، فهو كما لو حلف ، لأنه ليس للمشتري إقامة البينة . ثم ما ذكرناه في إقرار المحتال وقيام البينة ، من بطلان الحوالة ، مفروض فيما إذا وقع التعرض ، لكون الحوالة بالثمن . فان لم تقع ، وزعم البائع أن الحوالة عليه بدين آخر له على المشتري . فان أنكر المشتري أصل الدين ، فالقول قوله مع يمينه . وإن صدقه وأنكر الحوالة به ، فان لم نعتبر رضى المحال عليـه ، فلا عبرة بانـكاره . وإن اعتبرناه ، فهل القول قول مدعي صحة الحوالة ، أو فسادهـا ؟ فيه الخلاف في نظائرها.

فصل

إذا كان لزيد عليك مائة ، ولك على عمرو مائة ، فوجد زيد منك ما يجوز له قبض مالك على عمرو ، فله صورتان .،

إحداهما : أن تقول لزيد : وكلتك لتقبضه لي ، وقال : بل أحلتني عليه ، فينظر، إن اختلفتما في أصل اللفظ ، فزعمتَ الوكالة بلفظها ، وزعم زيد الحوالة بلفظها ، فالقول قولك مع يمينك عملاً بالأصل . وإن اتفقتما على جريان لفظ الحوالة ، وزعمتَ أنك أردت به تسليطه بالوكالة ، فوجهان . أصحهما : القول قولك ، وبه قال أكثر الأصحاب . وقال ابن سريج : القول قول زيد مع يمينه . وقطع به القاضي حسين. قال الأئمة : وموضع الوجهين أن يكون اللفظ الجاري بينكما : أحلتك بمائة على عمرو. فأما إذا قلت بالمائة التي لك عليّ على عمرو ، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة ، فالقول قول زيد قطعاً . فان قلنا : القول قول زيد ، فحلف ، ثبتت الحوالة وبرئتَ . وإن قلنا : القول قولك في الصورة الأولى أو الثانية على الأصح ، فحلفت ، نظر ، هل قبض زيد من عمرو ، أم لا ؟ فان قبض ، برئت ذمة عمرو ، لدفعه إلى وكيل أو محتال . وفي وجه : لا يبرأ في صورة اتفاقكما على لفظ الحوالة . والصحيح : الأول . ثم ينظر ، فان كان المقبوض باقياً ، لزمه تسليمه إليك . وهل له مطالبتك بحقه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة . وأصحهما : نعم، لأنه إن كان وكيلاً ، فظاهر . وإن كان محتالاً ، فقد استرجعت منه ظلماً ، فلا يضيع حقه . والوجهان ، في الرجوع ظاهراً . فأما بينه وبين الله تعالى ، فانه إذا لم يصل إلى حقه عندك ، فله إمساك المأخوذ ، لأنه ظفر بجنس حقه من مالك وأنت ظالمه . وإن كان المقبوض تالفاً ، فقد قطع الأكثرون ، بأنه لا يضمن إذا لم

يكن التلف بتفريط ، لأنه وكيل في زعمك ، والوكيل أمين ، وليس له مطالبتك ، لأنه استوفى بزعمه . وقال في « التهذيب » : يضمن ، لأنه ثبتت وكالته . والوكيل ، إذا أخذ المال لنفسه ، ضمن . أما إذا لم يقبض زيد من عمرو ، فليس له القبض بعد حلفك ، لأن الحوالة اندفعت وصار معزولاً عن الوكالة بانكاره ، ولك مطالبة عمرو بحقك . وهل لزيد مطالبتك بحقه ؟ فيه الوجهان فيما إذا قبض وسلم إليك ، قال صاحب « البيان » : ينبغي أن لا يطالبك هنا قطعاً ، لاعترافه بأن حقه على عمرو ، وأن ما قبضته أنت من عمرو ، ليس حقاً له ، بخلاف ما إذا قبض ، فان حقه تعين في المقبوض ، فاذا أخذته ، أخذت ماله .

الصورة الثانية : أن تقول لزيد : أحلتك على عمرو ، فيقول : بل وكلتني بقبض ما عليه ، وحقي باقٍ . ويظهر تصوير هذا الخلاف عند إفلاس عمرو . فينظر ، إن اختلفتما في أصل اللفظ ، فالقول قول زيد مع يمينه . وإن اتفقتما على لفظ الحوالة ، جرى الوجهان السابقان في الصورة الأولى على عكس ما سبق . فعلى قول ابن سريج ، القول قولك مع اليمين ، وعلى قول الأكثرين ، القول قول زيد مع يمينه . فان قلنا : قولك ، فحلفت ، برئت من دين زيد ، ولزيد مطالبة عمرو ، إما بالوكالة ، وإما بالحوالة ، وما يأخذه يكون له ، لأنك تقول : إنه حقه ، وعلى زعمه هو لك ، وحقه عليك ، فيأخذه بحقه . وحيث قلنا : القول قول زيد ، فحلف ، فان لم يكن قبض المال من عمرو ، فليس له قبضه ، لأن قولك : ما وكلتك ، يتضمن عزله إن كان وكيلاً ، وله مطالبتك بحقه . وهل لك الرجوع إلى عمرو ؟ وجهان . لأنك اعترفت بتحول ما عليه إلى زيد . ووجه الرجوع وهو اختيار ابن كج ، أن زيداً إن كان وكيلاً فلم يقبض ، فبقي حقك . وإن كان محتالاً ، فقد ظلمك بأخذه

منك ، وما على عمرو حقه ، فلك أخذه عوضاً عما ظلمك به . وإن قبض المال من عمرو ، فقد برئت ذمة عمرو . ثم إن كان المقبوض باقياً ، فقد حكى الغزالي وجهين. أحدهما : يطالبك بحقه ، ويرد المقبوض عليك . والثاني وهو الصحيح : أنه يملكه الآن وإن لم يملكه عند القبض ، لأنه من جنس حقه ، وصاحبه يزعم أنه ملكه . ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق ، بل له أن يرده ويطالب ببدل حقه ، وله أن يأخذه بحقه . وإن تلف بتفريط ، فلك عليه الضمان ،وله عليك حقه . وربما يقع التقاص . وإن لم يكن منه تفريط ، فلا ضمان،لأنه وكيل أمين .وفي وجه ضعيف: يضمن ،لأن الأصل فيما يتلف في يد الانسان من ملك غيره ، الضمان ، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه، تصديقه في إثبات الوكالة،ليسقط عنه الضمان.

فصل

في مسائل منثورة

الأولى : لو أحلت زيداً على عمرو ،ثم أحال عمرو زيداً على بكر ، ثم أحاله بكر على آخر ، جاز ، وقد تعدد المحال عليهم دون المحتال . ولو أحلت زيداً على عمرو ، ثم أحال زيد بكراً على عمرو ، ثم أحال بكر آخر على عمرو، جاز التعدد هنا في المحتالين دون المحال عليه. ولو أحلت زيداً على عمرو ،ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدين، فأحال زيداً عليك ، جاز .

الثانية : لك على رجلين مائـة ،على كل واحد خمسون ، وكل واحد ضامن عن صاحبه ، فأحالك احدهما بالمائة على إنسان ، برئا جميعاً. وإن أحلت على أحدهما بالمائة ، بريء الثـاني ، لأن الحوالة كالقبض . وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحد خمسين ، جاز ،ويبرأ كل واحد عما ضمن . وإن أحلت عليهما

على أن يأخذ المائة من أيها شاء ، فمن ابن سريج : في صحته وجهان . وجه المنع : أنه لم يكن له إلا مطالبة واحد ، فلا يستفيد بالحوالة زيادة صفة .

الثالثة : لك على رجل مال، فطالبته ، فقال : أحلت فلاناً علي وفلان غائب، فأنكرت ، فالقول قولك مع يمينك . فلو أقام بينة ، سمعت وسقطت مطالبتك له . وهل تثبت به الحوالة في حق الغائب حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إذا قدم ؟ وجهان.

[قلت]: (١)



(١) وعلى هامش إحدى نسخ الظاهرية : بيض المؤلف بعد قلت .

كتاب الضّمان

هو صحيح بالاجماع ، وفيه بابان .

الاول : في أركانه ، وهي خمسة.

الاول : المضمون عنه ، ولا يشترط رضاه بالاتفاق، لأن قضاء دينه بغير إذنه جائز ، فضمانه أولى ، وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقاً سواء خلف وفاءً ،أم لا . ولا يشترط معرفة المضمون عنه على الأصح .

قلت : وسواء كان المضمون عنه حراً ، أم عبداً ، أم معسراً. والله أعلم

الركن الثاني : المضمون له ، ويشترط معرفته على الأصح . وعلى هذا لا يشترط رضاه على الأصح وقول الأكثرين ، فان شرطناه ، لم يشترط قبوله لفظاً على الأصح، فان شرطناه ، فليكن بينه وبين الضمان ما بين الايجاب والقبول في سائر العقود . وإن لم نشترطه ، جاز أن يتقدم الرضى على الضمان . فان تأخر عنه ، فهو إجازة إن جوزنا وقف العقود ، قاله الامام ، وفرع على قولنا : لا يشترط رضاه ، فقال : إذا ضمن بغير رضاه ، نظر ، إن ضمن بغير إذن المضمون عنه ، فالمضمون له بالخيار ، إن شاء طالب الضامن ، وإن شاء تركه . وإن ضمن باذنه ، فحيث قلنا : يرجع الضامن على المضمون عنه ، يجبر المضمون له على قبوله ، لأن ما يؤديه في حكم ملك المضمون عنه . وإن قلنا : لا يرجع، فهو كما لو قال لغيره : أدّ ديني ولم يشترط الرجوع ، وقلنا : لا يرجع . وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول ؟ وجهان بناءً على أن المؤدى يقع فداءً ، أم موهوباً لمن عليه الدين ؟ إن قلنا بالثاني ، لم يكن له الامتناع ، وهو الأشهر ، فحصل في معرفة المضمون عنه ،

وله أوجه . أصحها : يشترط معرفة المضمون له فقط . والثاني : يشترط معرفتهما .
والثالث : لا . ورابع حكاه الامام : يشترط معرفة المضمون عنه فقط ، وهو
غريب ضعيف .

قلت : وإذا شرطنا قبول المضمون له ، فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله،
قاله في « الحاوي » لأنه لم يتم الضمان ، فأشبه البيع . والله أعلم

الركن الثالث : الضامن . وشرطه : صحة العبارة ، وأهلية التبرع .

أما صحة العبارة ،فيخرج عنه الصغير ،والمجنون، والمبرسم الذي يهذي ،فلا يصح ضمانهم .
ولو ضمن إنسان ثم قال : كنت صبياً يوم الضمان ، وكان محتملاً ،قبل قوله مع يمينه .
وكذا لو قال : كنت مجنوناً وقد عرف له جنون سابق ، أو أقام به بينة ، وإلا
فالقول قول المضمون له مع يمينه . وفي ضمان السكران ، الخلاف المذكور في تصرفاته .

قلت : هذا في السكران بمعصية . فأما السكران بمباح ، فكالمجنون . والله أعلم

وأما الأخرس ، فان لم يكن له إشارة مفهومة ، ولا كتابة ، لم نعرف أنه
ضمن حتى نصحح أو نبطل ، وإن كانت له إشارة مفهومة ، صح ضمانه بها كبيعه
وسائر تصرفاته . وفي وجه : لا يصح ضمانه ، إذ لا ضرورة إليه ، بخلاف سائر
التصرفات . ولو ضمن بالكتابة ، فوجهان ، سواء أحسن الاشارة ، أم لا . أصحهما:
الصحة ، وذلك عند القرينة المشعرة ،ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات .

وأما أهلية التبرع ، فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه وإن أذن الولي ، لأنه تبرع ،
وتبرعه لا يصح باذن الولي . كذا قال الامام ، والغزالي : إن الضمان تبرع ، وإنما يظهر هذا
حيث لا رجوع . وأما حيث ثبت الرجوع،فهو قرض محض . ويدل عليه نص الشافعي رضي

الله عنه : أنه لو ضمن في مرض موته بغير إذن المضمون عنه ، حسب من ثلثه . وإن ضمن باذنه ، فمن رأس المال ، لأن للورثة الرجوع على الأصيل ، وهو وإن لم يكن تبرعاً ، فلا يصح من السفيه كالبيع وسائر التصرفات المالية . فان أذن فيه الولي ، فليكن كما لو كان في البيع .

قلت : الذي قاله الامام ، هو الصواب . وقد صرح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الاذن وعدمه . وقول الرافعي : إنه ليس تبرعاً ، فاسد ، فانه لو سلم أنه كالقرض، كان القرض تبرعاً . وقوله: إذا أذن الولي، كان كالبيع ، يعني فيجري فيه الوجهان ،فاسد أيضاً ،فان البيع ،إنما صح على وجه ،لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة ، والضمان غرر كله بلا مصلحة . وأما ضمان المريض، فقال صاحب « الحاوي » : هو معتبر من الثلث ، لأنه تبرع . فان كان عليه دين مستغرق ، فالضمان باطل . وإن خرج بعضه من الثلث ، صح فيه . فلو ضمن في مرضه ،ثم أقر بدين مستغرق ، قدم الدين ولا يؤثر تأخر الاقرار به . والله أعلم

وأما المحجور عليه لفلس ، فضمانه كشرائه .

فرع

ضمان المرأة صحيح ، مزوجة كانت أو غيرها ، ولا حاجة إلى إذن الزوج كسائر تصرفاتها .

فرع

في ضمان العبد بغير إذن سيده مأذوناً كان أو غيره ، وجهان . أحدهما : صحيح

يتبع به إذا عتق ،إذ لا ضرر على سيده ، كما لو أقر باتلاف مال وكذبه السيد. وأصحها: لا يصح. وإن ضمن باذن سيده ،صح.ثم إن قال : اقضه مما تكسبه ، أو قال للمأذون : اقضه مما في يدك ، قضى منه . وإن عين مالاً وأمر بالقضاء منه ، فكذلك . وإن اقتصر على الاذن في الضمان ، فان لم يكن مأذوناً ، ففيه أوجه ، أصحها : يتعلق بما يكسبه بعد الاذن كالمهر . والثاني : يكون في ذمته إلى أن يعتق لأنه أذن في الالتزام دون الأداء . والثالث يتعلق برقبته . وإن كان مأذوناً له في التجارة ، فهل يتعلق بذمته أم بما يكسبه بعد ؟ أم به وبما في يده من الربح الحاصل ؟ أم بهما وبرأس المال ؟ فيه أوجه ، أصحها : آخرها.وحيث قلنا : يؤدي مما في يده ، فلو كان عليه ديون ، ففيه أوجه عن ابن سريج ، أحدها : يشارك المضمون له الغرماء ، كسائر الديون . والثاني : لا يتعلق الضمان بما في يده أصلاً ، لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء . والثالث : يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين .

قلت : أصحها : الثالث . والله أعلم

وهذا إذا لم يحجر القاضي عليه . فان حجر باستدعاء الغرماء ، لم يتعلق الضمان بما في يده قطعاً . وأم الولد والمدبر ، كالقن في الضمان ، وكذا من بعضه حر إن لم يكن بينه وبين سيده مهاياة ، أو كانت وضمن في نوبة السيد . فان ضمن في نوبته ، صح قطعاً . ويجوز إن ضمن في نوبته ، أن يخرج على الخلاف في المؤن والاكساب النادرة ، هل تدخل في المهاياة ؟ والمكاتب بلا إذن ، كالقن، وبالاذن، قالوا : هو على القولين في تبرعاته .

فرع

ضمن عبد باذن سيده ، وأدى في حال رقه، فحق الرجوع لسيده . وإن أدى بعد عتقه ، فالرجوع للعبد على الأصح . ولو ضمن العبد لسيده عن أجنبي ، لم يصح لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيده ، ولو ضمن لأجنبي عن سيده ، فان لم يأذن السيد ، فهو كما لو ضمن عن أجنبي . وإن أذن ، صح . ثم إن أدى قبل عتقه ، فلا رجوع ،وبعده، وجهان بناءً على ما لو أجره ثم أعتقه في المدة ، هل يرجع بأجرة المثل لما بقي ؟

قلت : لو ثبت على عبد دين بالمعاملة فضمنه سيده ، صح كالأجنبي . ولو ضمن السيد لعبده ديناً على أجنبي ، فان لم يكن على العبد دين من التجارة ، فالضمان باطل . وإلا فوجهان ، قاله في « الحاوي ». والله أعلم

الركن الرابع : الحق المضمون ، وشرطه ثلاث صفات :كونه ثابتاً ،لازماً، معلوماً.

الصفة الأولى : الثبوت ،وفيها مسائل .

إحداها : إذا ضمن ما لم يجب ، وسيجب بقرض أو بيع ، وشبههما ، فطريقان. أحدهما : القطع بالبطلان ، لأنها وثيقة ،فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة . وأشهرهما على قولين. الجديد ، البطلان. والقديم، الصحة، لأن الحاجة قد تدعو إليه. ونقل الامام ، فروعاً على القديم . أحدها : إذا قال ضمنت لك ثمن ما تبيع فلاناً ، فباع شيئاً بعد شيء ، كان ضامناً للجميع ، لأن «ما» من أدوات الشرط، فتقتضي التعميم، بخلاف ما إذا قال : إذا بعت فلاناً ، فأنا ضامن ، لا يكون ضامناً إلا ثمن ما باعه أولاً ، لان « إذا » ليست من أدوات الشرط . الثاني : إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين ، فهنا أولى . وإلا ، فوجهان . وكذا معرفة المضمون

عنه . الثالث : لا يطالب الضامن ما لم يجب الدين على الأصيل ، وليس له الرجوع بعد لزومه . وأما قبله ، فعن ابن سريج ، أن له الرجوع . وقال غيره : لا ، لأن وضعه على اللزوم . وأما إذا قلنا بالجديد ، فقال : أقرض فلاناً كذا وعلي ضمانة ، فأقرضه ، فالصحيح ، أنه لا يجوز ، وجوزه ابن سريج .

المسألة الثانية : ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة ، صحيح سواء كانت نفقة الموسرين أو المعسرين . وكذا ضمان الأُدْم ، ونفقة الخادم ، وسائر المؤن . ولو ضمن نفقة اليوم ، فكمثل ، لأنها تجب بطلوع الفجر . وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل ، قولان بناءً على أن النفقة تجب بالعقد أم بالتمكين ؟ إن قلنا بالأول وهو القديم ، صح ، وإن قلنا بالثاني ، وهو الجديد الأظهر ، فلا ، هكذا نقله عامة الأصحاب . وأشار الامام إلى أنه على قولين مع قولنا : ضمان مالم يجب باطل ، لأن سبب وجوب النفقة ناجز وهو النكاح . فان جوزنا ضمن نفقة المستقبل ، فله شرطان .

أحدهما : أن يقدر مدة . فان أطلق ، لم يصح فيما بعد الغد ، وفيه وجهان كما لو قال أجرتك كل شهر بدرهم ، هل يصح في الشهر الأول ؟

الشرط الثاني : أن يكون المضمون نفقة المعسر ، وإن كان المضمون عنه موسراً لأنه ربما أعسر . وفي « التتمة » وجه ، أنه يجوز ضمان نفقة الموسر والمتوسط ، لأن الظاهر استمرار حاله .

فرع

لا يجوز ضمان نفقة القريب لمدة مستقبلة . وفي نفقة يومه وجهان ، لأن سبيلها سبيل البر والصلة . ولهذا ، تسقط بمضي الزمان وبضيافة الغير .

المسألة الثالثة : باع شيئاً فخرج مستحقاً ، لزمه رد الثمن ، ولا حاجة فيه إلى

شرط والتزام .قال القفال : ومن الحماقة اشتراط ذلك في القَبالات .وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً ، فهذا ضمان العهدة ، ويسمى ضمان الدرك . أما ضمان العهدة ، فقال في « التتمة » إنما سمي به لالتزامه ما في عهدة البائع رده ، والدرك لالتزامه الغرم عند إدراك المستحق عين ماله . وفي صحة هذا الضمان ، طريقان . أحدهما : يصح قطعاً . وأصحهما : على قولين. أظهرهما : الصحة للحاجة إليه . والثاني : البطلان . فان صححنا ، فذلك إذا ضمن بعد قبض الثمن . فأما قبله ، فوجهان . أصحهما . المنع لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع ولا يوجد ذلك قبل القبض. والثاني : الصحة لأنه قد تدعو إليه حاجة بأن لا يسلم الثمن إلا بعده .

فرع

كما يصح ضمان العهدة للمشتري ، يصح ضمان نقص الصنجة للبائع بأن جاء المشتري بصنجة ووزن بها الثمن، فاتهمه البائع فيها ، فضمن ضامن نقصها إن نقصت. وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شك البائع ، هل المقبوض من النوع الذي يستحقه ؟ فاذا خرج ناقصاً ، أو رديئاً ، طالب البائعُ الضامن بالنقص وبالنوع المستحق إذا رد المقبوض على المشتري.ولو اختلف البائع والمشتري في نقص الصنجة ، صُدق البائع بيمينه . فاذا حلف ، طالب المشتري بالنقص ولا يطالب الضامن على الأصح ،لأن الأصل براءته . ولو اختلف البائع والضامن في نقصها،فالمصدق الضامن على الأصح ، لأن الأصل براءته بخلاف المشتري ، فان ذمته كانت مشغولة .

فرع

لو ضمن عهدة الثمن ، إن خرج المبيع معيباً ورده ، أو بان فساد البيع بغير

الاستحقاق كفوات[1] شرط معتبر في البيع ، أو اقتران شرط مفسد ، فوجهان. أصحهما : الصحة . وهو الذي ذكره العراقيون للحاجة. والثاني: المنع لندور الحاجة، ولأنه في المبيب ضمان مالم يجب . فان قلنا يصح إذا ضمن صريحاً ، فحكى الامام والغزالي وجهين في اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة .

فرع
في مسائل تتعلق بضمان الدرك

إحداها : من ألفاظ هذا الضمان، أن يقول للمشتري : ضمنت لك عهدته ، أو دركه ، أو خلاصك منه . ولو قال : ضمنت لك خلاص المبيع ، لم يصح لأنه لا يستقل بتخليصه إذا استُحق . ولو ضمن عهدة الثمن وخلاص المبيع معاً ، لم يصح ضمان الخلاص . وفي العهدة قولا الصفقة . ولو شرط في البيع كفيلاً بخلاص المبيع ، بطل، بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالثمن .

الثانية : يشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً للضامن . فان لم يكن ، فهو كما لو لم يكن قدر الثمن في المرابحة معلوماً .

الثالثة : يجوز ضمان السلم فيه للمسلم إليه لو خرج رأس المال مستحقاً بعد تسليم المسلم فيه ، ولا يجوز قبله على الأصح . ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقاً ، لأن المسلم فيه في الذمة ، والاستحقاق لا يتصور فيه ، وإنما يتصور في المقبوض ، وحينئذٍ يطالبه المسلم بمثله لا برأس المال .

الرابعة : إذا ظهر الاستحقاق ، فالمشتري يطالب من شاء من البائع والضامن. ولا فرق في الاستحقاق بين أن يخرج مستحقاً أو كان شقصاً ثبت فيه شفعة ببيع سابق ، فأخذه الشفيع بذلك البيع . ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره ، ففي

(١) في نسخة : لفوات .

مطالبته الضامن ، وجهان . أحدهما : نعم كالاستحقاق . والثاني : لا للاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع حتى يسترد الثمن . ولو خرج المبيع معيباً فرده المشتري ، ففي مطالبته الضامن بالثمن، وجهان ، وأولى بأن لا يطالب ، لأن الرد هنا بسبب حادث وهو مختار فيه ، فأشبه الفسخ بخيار شرط أو مجلس أو تقايل ، هذا إذا كان العيب مقروناً بالعقد . أما إذا حدث في يد البائع بعد العقد ، ففي « التتمة » أنه لا يطالب الضامن بالثمن وجهاً واحداً ، لأنه لم يكن سبب رد الثمن مقروناً بالعقد، ولم يكن من البائع تفريط فيه . وفي العيب الموجود عند العقد ، سبب الرد موجود عند العقد ، والبائع مفرط بالاخفاء ، فالتحق بالاستحقاق على رأي .

قلت : أصح الوجهين الأولين ، لا يطالب . ولو خرج المبيع معيباً وقد حدث عند المشتري عيب ، ففي رجوعه بالأرش على الضامن ، الوجهان . والله أعلم

ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن ، وانفسخ العقد ، هل يطالب الضامن بالثمن ؟ إن قلنا ينفسخ من أصله ، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق . وإن قلنا : من حينه ، فكالرد بالعيب . ولو خرج بعض المبيع مستحقاً ، ففي صحة البيع في الباقي قولا الصفقة ، وإن قلنا : يصح وأجاز المشتري ، فان قلنا : يجيز بجميع الثمن ، لم يطالب الضامن بشيء . وإن قلنا : بالقسط ، طالبه بقسط المستحق من الثمن . وإن فسخ ، طالبه بالقسط ، ومطالبته بحصة الباقي من الثمن ، كمطالبته عند الفسخ بالعيب . وإن قلنا : لا يصح ، ففي مطالبته بالثمن طريقان . أحدهما : أنه كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه ، والثاني : القطع بتوجه المطالبة لاستناد الفساد إلى الاستحقاق ، هذا كله إذا كانت صيغة الضمان كما ذكرنا في المسألة الأولى . أما إذا عين جهة الاستحقاق ، فقال : ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقاً ، فلا

يطالَب بجهة أخرى . وكذا لو عين جهة غير الاستحقاق ، لم يطالب عند الاستحقاق.

الخامسة : اشترى أرضاً وبنى فيها ، أو غرس ثم خرجت مستحقة ، فقلع المستحق البناء والغراس ، فهل يجب ارش النقص على البائع وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً؟ وجهان . الأصح المنصوص ، وجوبه . فعلى هذا ، لو ضمنه ضامن ، نظر إن كان قبل ظهور الاستحقاق ، أو بعده وقبل القلع ، لم يصح . وإن كان بعدهما ، صح إن كان قدره معلوماً . ولو ضمن رجل عهدة الأرض وارش نقص البناء والغراس في عقد واحد ، لم يصح في الارش ، وفي العهدة قولا الصفقة . ولو كان المبيع بشرط أن يعطيه كفيلاً بهما ، فهو كما لو شرط في البيع رهناً فاسداً. وقال جماعة من الأصحاب : ضمان نقص البناء والغراس ، كما لا يصح من غير البائع ، لا يصح من البائع ، وهذا إن أريد به أنه لغو . كما لو ضمن العهدة لوجوب الارش عليه من غير التزام ، فهو جار على ظاهر المذهب . وإلا ، فهو ذهاب منهم إلى أنه لا ارش عليه .

الصفة الثانية : اللزوم .

والديون الثابتة ، ضربان .

أحدهما : مالا يصير إلى اللزوم بحال ، وهو نجوم الكتابة ، فلا يصح ضمانها على الصحيح . ولو ضمن رجل عن المكاتب غير النجوم ، فان ضمن لأجنبي ، صح. وإذا غرم ، رجع على المكاتب إن ضمنه باذنه . وإن ضمنه لسيده ، بني على أن ذلك الدين ، هل يسقط بعجزه ؟ وفيه وجهان . إن قلنا : نعم وهو الأصح ، لم يصح كضمان النجوم .

الضرب الثاني : ماله مصير إلى اللزوم . فان كان لازماً في حال الضمان ، صح ضمانه سواء كان مستقراً أم لا كالمهر قبل الدخول ، والثمن قبل قبض المبيع ،

ولا نظر إلى احتمال سقوطه ، كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالابراء ، والرد بالعيب وشبههما . وإن لم يكن لازماً حال الضمان ، فهو نوعان .

أحدهما : الأصل في وضعه اللزوم ، كالثمن في مدة الخيار ، وفي ضمانه وجهان. أصحهما : الصحة . قال في « التتمة » هذا الخلاف ، إذا كان الخيار للمشتري أو لهما. أما إذا كان للبائع ، فقط ، فيصح قطعاً لأن الدين لازم في حق من عليه .وأشار الامام إلى أن تصحيح الضمان ، مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع . أما إذا منعه ، فهو ضمان مالم يجب .

النوع الثاني : ما الأصل في وضعه الجواز، كالجعل في الجعالة ، وفيه وجهان كما سبق في الرهن به ،وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل وقبل تمامه ، كما سبق هناك . وضمان مال المسابقة ، إن جعلناها إجارة ، صح ، وإلا فكالجعل.

الصفة الثالثة : العلم ،وفيه صور .

احداها : ضمان المجهول ،فيه طريقان ، كضمان مالم يجب . فان صححناه ، فشرطه أن يمكن الاحاطة به ، بأن يقول : أنا ضامن ثمن ما بعته فلانا ، وهو جاهل به، لأن معرفته متيسرة. أما إذا قال:ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان ، فباطل قطعاً . والقولان في صحة ضمان المجهول يجريان في صحة الابراء عنه .وذكروا للخلاف في الابراء مأخذين . أحدهما : الخلاف في صحة شرط البراءة عن العيوب، فان العيوب مجهولة الأنواع والاقدار . والثاني :أن الابراء هل هو إسقاط كالاعتاق ؟ أم تمليك المديون ما في ذمته ،ثم إذا ملكه سقط ؟ وفيه رأيان . إن قلنا : إسقاط ، صح الابراء عن المجهول . وإلا ، فلا ، وهو الأظهر.ويتخرج على هذا الأصل مسائل . منها: لو عرف المبرىء قدر الدين ولم يعرفه المبرأ . إن قلنا : إسقاط ، صح ، وإلا فيشترط علمه كالمتهب . ومنها : لو كان له دين على هذا ، ودين على هذا ، فقال : أبرأت أحدكما . إن قلنا إسقاط ، صح ،وأخذ بالبيان. وإلا فلا، كما لو كان

له في يد كل واحد عبد ،فقال : ملكت أحدكما العبد الذي في يده . ومنها : لو كان لأبيه دين على رجل ، فأبرأه منه وهو لا يعلم موت الأب ، إن قلنا: إسقاط صح ، كما لو قال لعبد أبيه :أعتقك ،وهو لا يعلم موت الأب . إن قلنا : تمليك ، فهو على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي ، فبان ميتاً . ومنها : أنه لا يحتاج إلى القبول إن جعلناه إسقاطاً ، وإن جعلناه تمليكاً ، لم يحتج إليه على الصحيح المنصوص . فان اعتبرنا القبول ، ارتد بالرد ، وإلا ، فوجهان .

قلت : أصحهما : لا يرتد . والله أعلم

وهذه المسائل ، ذكرها في « التتمة » مع أخوات لها . واحتج للتمليك بأنه لو قال للمديون : ملكتك ما في ذمتك ، صح وبرئت ذمته من غير نية وقرينة ، ولولا أنه تمليك ، لافتقر إلى نية أو قرينة ، كما إذا قال لعبده : ملكتك رقبتك ، أو لزوجته : ملكتك نفسك ، فانه يحتاج إلى النية .

فرع

لو اغتابه فقال اغتبتك ، فاجعلني في حل ففعل ، وهو لا يدري ما اغتابه به ، فوجهان . أحدهما : يبرأ لأنه إسقاط محض ، كمن قطع عضواً من عبد ثم عفا سيده عن القصاص ، وهو لا يعلم عين المقطوع ، فانه يصح . والثاني : لا لأن المقصود رضاه ، ولا يمكن الرضى بالمجهول ، ويخالف القصاص ، فانه مبني على التغليب والسراية بخلاف إسقاط المظالم .

[**قلت** : أصحها] (١)

الصورة الثانية : ضمان أروش الجنايات ، صحيح إن كان دراهم أو دنانير . وفي ضمان إبل الدية ، إذا لم نجوز ضمان المجهول ، وجهان . ويقال : قولان . أصحها:

(١) الزيادة من إحدى نسخ الظاهرية ، وعلى هامشها : كذا بيض المؤلف .

الصحة . وقيـــل : يصح قطعاً كما يصح الابراء عنها . وإذا دفع الحيوان وكان الضمان يقتضي الرجوع ، فهل يرجع بالحيوان ؟ أم بالقيمة ؟ قال الامام : لا يبعد أن يجرى فيه الخلاف المذكور في إقراض الحيوان . ولا يجوز ضمان الدية عن العاقلة قبل تمام السنة ، لأنها غير ثابتة بعد .

الصورة الثالثة : إذا منعنا ضمان المجهول ، فقال : ضمنت مما لك على فلان من درهم إلى عشرة ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحها الصحة لانتفاء الغرر ، فعلى هذا ، يلزمه عشرة على الأصح . وقيل : ثمانية . وقيل : تسعة .

قلت : الأصح : تسعة ، وسنوضحه في الاقرار إن شاء الله تعالى . والله أعلم

وإن قال ضمنت لك ما بين درهم وعشرة ، فان عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة ، صح وكان ضامناً ثمانية . وإلا ، ففي صحته في الثمانية القولان ، أو الوجهان . ولو قال ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان ، وهو لا يعرف مبلغها ، فهل يصح الضمان في ثلاثة لدخولها في اللفظ على كل حال ؟ وجهان . كما لو أجر كل شهر بدرهم ، فهل يصح في الشهر الأول ، وهذه المسائل بعينها جارية في الابراء .

فرع

يصح ضمان الزكاة عمن هي عليه على الصحيح . وقيل : لا لأنهـا حق لله تعالى ككفالة بدن الشاهد لأداء الشهادة . فعلى الصحيح ، يعتبر الاذن عند الاداء على الأصح .

فرع

يجوز ضمان المنافع الثابتة في الذمة كالأموال .

فصل
في كفالة البدن

ويسمى أيضاً ، كفالة الوجه ، وهي صحيحة على المشهور . وقيل : تصح قطعاً ، فتجوز ببدن من عليه مال ، ولا يشترط العلم بقدره على الأصح . والثاني : يشترط بناء على أنه لو مات ، غرم الكفيل المال . ويشترط أن يكون المال مما يصح ضمانه. فلو تكفل ببدن مكاتب للنجوم التي عليه ، لم يصح . فان كان عليه عقوبة ، فان كانت لآدمي كالقصاص وحد القذف ، صحت الكفالة على الأظهر . وقيل : لا تصح قطعاً . وإن كانت حداً لله تعالى ، لم تصح على المذهب . وقيل : قولان . وضبط الامام والغزالي من تكفل ببدنه فقالا : حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه ، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء أو يستحق إحضاره ، تجوز الكفالة ببدنه ، فيخرج على هذا الضابط صور ، منها : الكفالة ببدن امرأة يدعي رجل زوجيتها ، صحيحة . وكذلك الكفالة بها ، لمن تثبت زوجيته. قال في « التتمة » والظاهر ، أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من ادعي عليه القصاص ، لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة . ومنها : لو تكفل ببدن عبد آبق لمالكه ، قال ابن سريج : يصح ويلزمه السعي في رده . ويجيء فيه مثل ما حكينا في الزوجة . ومنها : الميت قد يستحق إحضاره ليقيم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك ولم يعرفوا اسمه ونسبه . وإذا كان كذلك ، صحت الكفالة ببدنه . ومنها : الصبي ، والمجنون ، قد يستحق إحضارهما لاقامة الشهادة على صورتهما في الاتلاف ، وغيره ، فتجوز الكفالة فيهما . ثم إن كفل باذن وليها ، فله مطالبة الولي باحضارهما عند الحاجة ، وإن كفل بغير إذنه ، فهو كالكفالة ببدن العاقل البالغ بغير إذنه . ومنها : قال الامام : لو تكفل رجل ببغداد ببدن رجل بالبصرة ،

فالكفالة باطلة ، لأن من بالبصرة لا يلزمه الحضور ببغداد للخصومات ، والكفيل فرع المكفول به . وإذا لم يجب حضوره ، لا يمكن إيجاب الاحضار على الكفيل . وهذا الذي قاله ، تفريع على أنه لا يلزم إحضار من هو على مسافة القصر ، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

الحق الذي تجوز بسببه الكفالة ، إن ثبت على المكفول ببدنه باقرار أو بينة ، فذاك . وإن لم يثبت ، لكنه ادعى عليه ، فلم ينكر وسكت ، صحت الكفالة أيضاً . وإن أنكر ، فوجهان . أحدهما : أنها باطلة . لأن الأصل البراءة ، والكفالة بمن لا حق عليه باطلة . وأصحها : الصحة لأن الحضور مستحق . ومعظم الكفالات إنما تقع قبل ثبوت الحق .

فرع

تجوز الكفالة ببدن الغائب ، والمحبوس ، وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال ، كما يجوز للمعسر ضمان المال .

فرع

يشترط كون المكفول ببدنه معيناً . فلو قال : كفلت بدن أحد هذين ، لم يصح كما لو ضمن أحد الدينين .

فصل
في ضمان الاعيان

فاذا ضمن عيناً لمالكها وهي في يد غيره ، نظر ، إن كانت مضمونة عليه، كالمغصوب، والمستعار ، والمستام ، والأمانات إذا خان فيها ، فله صورتان .

إحداهما : يضمن رد أعيانها . فالمذهب الذي عليه الجمهور ، أنه على قولي كفالة البدن . وقيل : يصح قطعاً . والفرق أن حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه ، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال ، فالتزام المقصود ، أولى . فان صححنا ، فردها ، بريء من الضمان . وإن تلفت وتعذر الرد ، فهل عليه قيمتها ؟ وجهان، كما لو مات المكفول ببدنه . فان أوجبنا ، فهل يجب في المغصوب أكثر القيم ؟ أم قيمته يوم التلف لأن الكفيل لم يكن متعديا ؟ وجهان .

قلت : الثاني أقوى . والله أعلم

ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد في يد البائع ، جرى الخلاف في الضمان . فان صححناه وتلف ، انفسخ البيع . فان لم يدفع المشتري الثمن ، لم يطالب الضامن بشيء . وإن كان دفعه ، عاد الوجهان في أن الضامن ، هل يغرم ؟ فان غرمناه، فهل يغرم الثمن ؟ أم أقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع ؟ وجهان . أصحهما : أولهما .

الصورة الثانية : أن يضمن قيمتها لو تلفت . قال البغوي : يبنى على أن المكفول ببدنه لو مات ، هل يغرم الكفيل الدين ؟ إن قلنا : نعم ، صح ضمان القيمة لو تلفت العين . وإلا ، فلا ، وهو الصحيح لهذا ، ولأن القيمة قبل تلف العين ، غير واجبة . أما إذا لم تكن العين مضمونة على من هي في يده كالوديعة والمال في يد الشريك ، والوكيل ، والوصي ، فلا يصح ضمانها قطعاً ، لأنها غير مضمونة

الرد أيضاً ، وإنما يجب على الأمين التخلية فقط . ولو تكفل ببدن العبد الجاني جناية توجب المال ، فهو كضمان العين . ومنهم من قطع بالمنع . والفرق أن العين المضمونة مستحقة ، ونفس العبد ليست مستحقة ، وإنما المقصود تحصيل الأرش من بدله ، وبدله مجهول .

فرع

باع شيئاً بثوب أو بدراهم معينة ، فضمن قيمته ، فهو كما لو كان الثمن في الذمة وضمن العهدة .

فرع

رهن ثوباً ولم يسلمه ، فضمن رجل تسليمه ، لم يصح لأنه ضمان ما ليس بلازم.

فرع

في مسائل من الكفالة

إحداها : إذا عين في الكفالة مكاناً للتسليم ، تعين . وإن أطلق ، فالمذهب أنها تصح ويجب التسليم في مكان الكفالة . وقيل : هو كما لو أطلق السلم . وإذا أتى الكفيل بالمكفول به في غير الموضع المستحق ، جاز قبوله ، وله أن يمتنع إن كان فيه غرض ، بأن كان قد عين مجلس الحكم ، أو موضعاً يجد فيه من يعينه على خصمه . فان لم يختلف الغرض ، فالظاهر أنه يلزمه قبوله . فان امتنع ، رفعه إلى الحاكم ليقبض عنه . فان لم يكن حاكم ، أشهد شاهدين أنه سلمه إليه .

الثانية : يخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه في المكان الذي وجب فيه التسليم ،

سواء طلبه المستحق أم أباه ، بشرط أن لا يكون هناك حائل كيد سلطان ، ومتغلّب ، وحبس بغير حق لينتفع بتسليمه . وحبس الحاكم بالحق ، لا يمنع صحة التسليم ، لامكان إحضاره ومطالبته بالحق . ولو حضر المكفول به وقال : سلمت نفسي إليك عن جهة الكفيل ، بريء الكفيل كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين. ولو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل ، لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه إليه هو ، ولا أحد عن جهته ، حتى قال القاضي حسين : لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادعى عليه ، لم يبرأ الكفيل . وكذلك لو سلمه أجنبي ، لا عن جهة الكفيل . وإن سلمه عن جهة الكفيل ، فان كان باذنه ، فهو كما لو سلمه الكفيل . وإن كان بغير إذنه ، فليس على المكفول به قبوله ، لكن لو قبل : برىء الكفيل . ولو كفل رجل لرجلين ، فسلم إلى أحدهما ، لم يبرأ من حق الآخر . ولو كفل رجلان لرجل ، فسلم أحدهما ، قال في « التهذيب » : إن كفلاه على الترتيب ، وقع تسليمه عن المسلّم دون صاحبه ، سواء قال : سلمت عن صاحبي أم لم يقل . وإن كفلاه معاً ، فوجهان . قال المزني : يبرأ أيضاً صاحبه ، كما لو دفع أحد الضامنين الدين. وقال ابن سريج والأكثرون : لا يبرأ ، كما لو كان بالدين رهنان ، فانفك أحدهما ، لا ينفك الآخر ، ويخالف قضاء الدين ، فانه يبرىء الأصيل ، وإذا بريء ، برىء كل ضامن . ولو كانت المسألة بحالها ، وكفل كل واحد من الكفيلين بدن صاحبه ، ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه ، فعلى قول المزني : يبرأ كل واحدٍ عن الكفالة الأولى وعن كفالة صاحبه . وعلى قول ابن سريج : يبرأ المسلم عن الكفالتين ، ويبرأ صاحبه عن كفالته دون الكفالة الأولى .

الثالثة : كما يخرج الكفيل عن العهدة بالتسليم ، يبرأ أيضاً إذا أبرأه المكفول له . ولو قال المكفول له : لا حق لي قبل المكفول به أو عليه ، فوجهان .

أحدهما : يبرأ الأصيل والكفيل . والثاني : يراجع . فان فسر بنفي الدين، فذاك. وإن فسر بنفي الوديعة والشركة ونحوهما ، قبل قوله ، فان كذباه ، حلف .

الرابعة : إذا غاب المكفول ببدنه ، نظر ، إن غاب غيبة منقطعة والمراد بها أن لا يعرف موضعه وينقطع خبره ، فلا يكلف الكفيل إحضاره . وإن عرف موضعه ، فان كان دون مسافة القصر ، لزمه إحضاره لكن يمهل مدة الذهاب والاياب ليحضره . فان مضت المدة ولم يحضره،حبس . وإن كان على مسافة القصر، فوجهان . أصحهما : يلزمه إحضاره . والثاني : لا يطالب به . ولو كان غائباً حال الكفالة ، فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة .

الخامسة : إذا مات المكفول به ، ففي انقطاع طلب الاحضار عن الكفيل ، وجهان . أصحهما : لا ينقطع،بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة البينة على صورته ، كما لو تكفل ابتداءً ببدن الميت . والثاني :ينقطع . وهل يطالب الكفيل بمال ؟ وجهان . أصحها : لا لأنه لم يلتزمه . كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع ، فانه لا يطالب برد رأس المال . والثاني : يطالب،وبه وقال ابن سريج لأنه وثيقة كالرهن . وعلى هذا ، هل يطالب بالدين ، أم بأقل الأمرين من الدين ودية المكفول به ؟ وجهان بناء على القولين ، في أن السيد يفدي الجاني بالأرش، أم بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد ؟

قلت : المختار ، المطالبة بالدين فان الدية غير مستحقة ، بخلاف قيمة العبد . قال صاحب « الحاوي » : ولو مات الكفيل ،فعلى مذهب الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم ، بطلت الكفالة ولا شيء في تركته . وعلى قول ابن سريج : ينبغي أن لا تبطل ، لأنها عنده قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة ، لكن لم أر له فيه نصاً. ولو مات المكفول له ، بقي الحق لوارثه .فان كان له غرماء وورثة ، وأوصى إلى زيد باخراج ثلثه ، لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي .فلو سلم

إلى الورثة والغرماء والموصى لهم ، دون الوصي ، ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج . والله أعلم

السادسة : لو هرب المكفول به إلى حيث لا يُعلم ، أو توارى ، ففي مطالبة الكفيل بالمال ، خلاف مرتب على الموت ، وأولى بأن لا يطالب ، إذ لم نأيس من إحضاره.

السابعة : إذا تكفل وشرط أنه [إن] عجز عن تسليمه ، غرم الدين . فان قلنا : يغرم عند الاطلاق ، صح ، وإلا ، فالكفالة باطلة .

الثامنة : يشترط رضى المكفول ببدنه على الصحيح ، ولا يشترط رضى المكفول له على الصحيح . فاذا كفل بغير رضى المكفول به ، فأراد إحضاره لطلب المكفول له ، نظر ، إن قال : أحْضِر خصمي ، فللكفيل مطالبته بالحضور ، وعليه الاجابة لا بسبب الكفالة ، بل لأنه وكله في إحضاره . وإن لم يقل ذلك ، بل قال : أخرج عن حقي ، فهل له مطالبة المكفول به ؟ وجهان . أحدهما : لا كما لو ضمن عنه بغير إذنه مالاً ، وطالب المضمون له الضامن ، فانه لا يطالب المضمون عنه . وذكروا على هذا أنه يحبس ، واستبعده الأئمة لأنه حُبس على ما لا يقدر عليه . والثاني : نعم ، لأن المطالبة بالخروج عن العهدة ، تتضمن التوكيل في الاحضار .

التاسعة : لو تكفل ببدن الكفيل كفيل ، ثم كفيل ، ثم كذلك آخرون بلا حصر ، جاز ، لأنه تكفل بمن[1] عليه حق لازم ، وقياساً على ضمان المال . ثم إذا برىء واحد برىء مَن بعده دون مَن قبله .

العاشرة : في موت المكفول له ، ثلاثة أوجه ، أصحها : بقاء الكفالة وقيام

---

(١) في الاصل : لمن ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

وارثه مقامه ، كما لو ضمن له المال ، والثاني : تبطل ، لأنها ضعيفة . والثالث : إن كان عليه دين ، أو له وصي ، بقيت ، وإلا ، فلا ، لأن الوصي نائبه والدين لا بد منه .

الركن الخامس : الصيغة ، وفيه مسائل .

الأولى : لا بد من صيغة دالة على التزام ، كقوله : ضمنت لك مالك على فلان ، أو تكفلت ببدن فلان ، أو أنا باحضار هذا المال أو هذا الشخص كفيل ، أو ضامن ، أو زعيم ، أو حميل ، أو قبيل . وفي « البيان » وجه : أن لفظ القبيل ليس بصريح ، ويطرد هذا الوجه في الحميل وما ليس بمشهور في العقد . ولو قال : خل عن فلان والدين الذي لك عليه عندي ، فليس بصريح في الضمان . ولو قال : دين فلان إليّ ، فوجهان .

قلت : أقواهما : ليس بصريح . والله أعلم

ولو قال : أؤدي المال ، أو احضر الشخص ، فهذا ليس بالتزام ، وإنما هو وعد . ولو تكفل فأبراه المستحق ، ثم وجده ملازماً للخصم فقال : خله وأنا على ما كنت عليه من الكفالة ، صار كفيلاً .

الثانية : لو شرط الضامن ، أو الكفيل الخيار لنفسه ، لم يصح الضمان . فلو شرط للمضمون له ، لم يضر ، لان الخيار في المطالبة والابراء له أبداً .

الثالثة : لو علّق الضمان بوقت أو غيره فقال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد ضمنتُ ، أو إن لم يؤد مالك غداً ، فأنا ضامن ، لم يصح على المذهب ، كما لا يصح مؤقتاً ، كقوله : أنا ضامن إلى شهر ، فاذا مضى ولم أغرم ، فأنا بريء . وعن ابن سريج أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب ، جاز التعليق . قال الامام : ويجيء

في تعليق الابراء القولان ،لانه إسقاط . فاذا قلنا بالقديم، فقال : إذا بعتَ عبدك بألف، فأنا ضامن للثمن ، فباعه بألفين ، قال ابن سريج : لا يكون ضامناً لشيء . وفي وجه : يصير ضامناً لألف . ولو باعه بخمسمائة ، ففي كونه ضامناً لها ، الوجهان .ولو قال : إذا أقرضته عشرة ، فأنا ضامن لها ، فأقرضه خمسة عشر ، فهو ضامن للعشرة على الوجهين ، لان من أقرض خمسة عشر ، فقد أقرض عشرة ، والبيع بخمسة عشر ليس بيعاً بعشرة . وإن أقرضه خمسة ، فمن ابن سريج : تسليم كونه ضامناً لها . قال الامام : وهو خلاف قياسه ، لان الشرط لم يتحقق . ولو علق كفالة البدن بمجيء الشهر ، فان جوزنا تعليق المال ، فهي[1] أولى ، وإلا ، فوجهان ، كالخلاف في تعليق الوكالة ، والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة . ولو علقها بحصاد الزرع ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالمنع ،لانضمام الجهالة . وإن علقها بقدوم زيد ، فأولى بالمنع،للجهل بأصل حصول القدوم ،فان جوزنا ، فوجدالشرط المعلق عليه ، صار كفيلاً .

الرابعة : لو وقّت كفالة البدن فقال : أنا كفيل به إلى شهر ، فاذا مضى ، برئت ، فوجهان ، وقيل : قولان .أصحهما : البطلان،كضمان المال. ولو نجز الكفالة وشرط التأخير في الاحضار شهراً ،جاز للحاجة كمثله في الوكالة ،وتوقف فيه الامام، وجعل الغزالي في « الوسيط » هذا التوقف وجهاً. فاذا صححنا فأحضره قبل المدة وسلمه ، وامتنع المكفول له من قبوله ، نظر ، هل له غرض في الامتناع بأن كانت بينته غائبة أو دينه مؤجلاً ، أم لا ؟ وحكم القسمين ، على ما سبق فيمن سلمه في غير المكان المعين . ولو شرط لاحضاره أجلاً مجهولاً ، كالحصاد ، ففي صحة الكفالة ، وجهان . أصحهما : المنع .

الخامسة : لو ضمن الدين الحالّ حالاً ، أو أطلق ، لزمه حالاً ، وإن ضمن المؤجَّل

---

(١) في الاصل : فهو ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

مؤجلاً بأجل ، أو أطلق لزمه لأجَله . وإن ضمن الحالَّ مؤجلاً بأجل معلوم ، فوجهان . أحدهما: لا يصح الضمان،للاختلاف . وأصحهما : الصحة ،للحاجة ، وعلى هذا ، فالمذهب ثبوت الأجل،فلا يطالب إلا كما التزم،وبهذا قطع الجمهور.وشذ إمام الحرمين فادعى إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت،وأن في فساد الضمان لفساده ، وجهين . أصحهما: الفساد . أما لو ضمن المؤجَّل حالاً ، والتزم التبرع بالتعجيل مضموماً إلى التبرع بأصل الضمان،فوجهان كعكسه، أصحهما : الصحة . وعلى هذا ، هل يلزمه الوفاء بالتعجيل ؟ وجهان. أصحهما : لا، كما لو التزم الأصيل التعجيل . وعلى هذا ، هل يثبت الأجل في حقه مقصوداً ،أم تبعاً ؟ فيه وجهان . وفائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه . ولو ضمن المؤجل إلى شهرين مؤجلاً إلى شهر ، فهو كضمان المؤجل حالاً .

السادسة : لو تكفل ببدن رجل ، أو نفسه ، أو جسمه ، أو روحه ، صح . وإن تكفل بعضو منه ، فأربعة أوجه .

أحدها (١) : أنه باطل، كالبيع والاجارة ، بخلاف العتق والطلاق ، لأن لهما قوة وسراية ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب . واختاره ابن الصباغ.

والثاني : يصح .

والثالث : إن كان عضواً لا يبقى البدن دونه ، كالرأس ، والقلب ، والكبد، والدماغ ، صح . وإن بقي دونه ، كالرِّجل ، واليد ، لم يصح . وقال في «التهذيب»: هذا أصح .

والرابع : ما عبِّر به عن جميع البدن ، كالرأس ، والرقبة ، يصح . وما لا ، كاليد ، والرِّجل ، فلا . قال القفال : هذا أصح . وللوجه حكم سائر الأعضاء ، كذا قاله الجمهور . وقال الامام : يصح قطعاً ، لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه . وأما الجزء الشائع ، كالنصف والثلث ، فكالجزء الذي لا يبقى البدن دونه ، فيكون فيه وجهان .

---

(١) في الاصل : أصحها ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

قلت : قطع صاحب « الحاوي » بصحة الكفالة فيما لو كفل برأسه ، أو وجهه، أو عينه ، أو قلبه وفؤاده وغيرها مما لا يحيى[1] دونه ، أو جزء شائع . والله أعلم

فرع
في مسائل تتعلق بالباب

إحداها : ضمن عن رجل ألفاً ، وشرط للمضمون له أن يعطيه كل شهر درهماً ولا يحسبه من الضمان ، فالشرط باطل . وفي بطلان الضمان ، وجهان .

قلت : أصحها : البطلان . والله أعلم

الثانية : ضمن أو كفل ، ثم ادعى أنه لم يكن على المضمون عنه، والمكفول حق ، فالقول قول المضمون له . وهل يحلف ، أم يقبل بلا يمين ؟ وجهان عن ابن سريج . فان قلنا بالأول ، فنكل ، حلف الضامن ، وسقطت عنه المطالبة . ولو أقر أنه ضمن ، أو كفل بشرط الخيار ، وأنكر المضمون له الشرط ، بني ذلك على تبعيض الاقرار . إن قلنا : لا يبعض ، فالقول قول الضامن مع يمينه . وإن بعضناه ، فقول المضمون له .

الثالثة : قال الكفيل : برئ المكفول ، وأنكر المكفول له، قبل إنكاره بيمينه . فان نكل فحلف الكفيل ، برئ ، ولا يبرأ المكفول .

الرابعة : قال تكفلت ببدن زيد ، فان أحضرته ، وإلا فأنا كفيل ببدن عمرو ، لم يصح . ولو قال للمكفول له : أبرئ الكفيل ، وأنا كفيل المكفول ، قال الأكثرون : لا يصح . وقال ابن سريج : يصح .

(١) في الاصل : مما لا يخفى ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

الخامسة : الكفالة ببدن الأجير المعيَّن ، صحيحة على الصحيح . ومن قال بتغريم الكفيل عنـــد موت الأصيل ، لم يصححها ، لأنه إذا مات ، انفسخ العقد وسقط الحق .

[**قلت**] [١]

الباب الثاني
فيما يترتب على الضمان الصحيح من الأحكام

وهي ثلاثة .

الأول : أن تتجدد المضمون له مطالبة الضامن ،ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه ، بل له مطالبتهما جميعاً ، ومطالبة أيهما شاء .

قلت : وله مطالبة أحدهما ببعضه ، والآخر بباقيه . والله أعلم

فلو ضمن بشرط براءة الأصيل ، لم يصح على الأصح ، لأنه ينافي مقتضـاه . والثاني : يصح الضمان والشرط . والثالث : يصح الضمان فقط . فان صححناهما ، برىء الأصيل ، ورجع الضامن عليه في الحال إن ضمن باذنه ، لأنه حصل براءته كما لو أدى. ومهما أبرأ مستحق الدين الاصيل ، برىء [الضامن]لسقوط الحق، كما لو أدى الأصيل الدين ، أو أحال مستحقه على إنسان ، أو أحال المستحق غريمه عليه . وكذا يبرأ ببراءته ضامن الضامن . ولو أبرأ الضامن ، لم يبرأ الأصيل ، لكن يبرأ ضامن الضامن . ولو أبرأ ضامنَ الضامن ، لم يبرأ الضامن.

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية.وفي هامشها كذا في الاصل،وبيض بعده . ا.ه وفي الاصل بياض .

فرع

ضمن ديناً مؤجلاً ، فمات الاصيل ، حل عليه الدين ، ولم يحل على الضامن على الصحيح . وقال ابن القطان : يحل ، لأنه فرعه ، فعلى الصحيح ، لو أخر المستحق المطالبة ، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل ، أو إبرائه ، لأنه قد تهلك التركة ، فلا يجد مرجعاً إذا غرم . وفي وجه ضعيف : ليس له هذه المطالبة . ولو مات الضامن ، حل عليه الدين . فان أخذ المستحق المال من تركته، لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الأجل ، وفي وجه شاذ : لا يحل بموت الضامن .

الحكم الثاني : في مطالبة الضامن المضمون عنه بالأداء ، ومداره على وجهين خرجهما ابن سريج رحمه الله ، في أن مجرد الضمان يوجب حقاً للضامن على الأصيل ويثبت علقة بينهما ، أم لا ؟ فاذا طالب المضمون له الضامن بالمال ، فله مطالبة الأصيل بتخليصه إن ضمن باذنه . وفي وجه شاذ : ليس له ، وليس له مطالبته قبل أن يطالب على الأصح . وهل للضامن تغريم الاصيل قبل أن يغرم حيث يثبت له الرجوع ؟ وجهان ، بناءً على التخريج المذكور . وليكن الوجهان تفريعاً على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضي به دين الاصيل ، يملكه . وفيه وجهان بناءً على التخريج . ولو دفعه الاصيل ابتداءً بلا مطالبة ، فان قلنا : يملكه ، فله التصرف فيه ، كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجلة، لكن لا يستقر ملكه عليه ، بل عليه رده . ولو هلك عنده ، ضمنه كالمقبوض بشراء فاسد . ولو دفعه إليه وقال : اقض ما ضمنتَ عني ، فهو وكيل الاصيل، والمال أمانة في يده . ولو حبس المضمون له الضامنَ ، فهل له حبس الاصيل ؟ وجهان بناء على التخريج . إن أثبتنا العلقة بينهما ، فنعم ، وإلا ، فلا ، وهو الاصح . ولو أبرأ الضامن الاصيل عما سيغرم ، إن أثبتنا العلقة ، صح الابراء ، وإلا ، فعلى الخلاف في الابراء عما لم يجب ، ووجد سبب وجوبه . ولو صالح الضامن الاصيل عن

المشرة التي سيفرمها على خمسة ، إن أثبتناها في الحال ، صح الصلح ، وكأنه أخذ عوض بعض الحق وأبرأ عن الباقي ، وإلا ، فلا يصح . ولو ضمن عن الاصيل ضامن للضامن ، ففي صحته ، الوجهان . وكذا لو رهن الاصيل عند الضامن شيئاً بما ضمن . والأصح في الجميع : المنع . ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامناً بما ضمن ، ففي صحة الشرط الوجهان .فان صححنا فوفى ، وإلا فللضامن فسخ الضمان . وإن أفسدناه ، فسد به الضمان على الأصح .

الحكم الثالث : الرجوع . أما غير الضامن إذا أدّى دين غيره بغير إذنه ، فلا رجوع، لانه متبرع . وإن أدّى باذنه ، رجع إن شرط الرجوع قطعاً . وكذا إن أطلق على الاصح . وفي وجه ثالث : إن كان حالهما يقتضي الرجوع ، رجع، وإلا ، فلا، كنظيره من الهبة . وأما الضامن ،فله أربعة أحوال .

الأول : يضمن باذن ويؤدي باذن ، فيرجع سواء شرط الرجوع ،أم لا.قال الامام : ويحتمل أن ينزل منزلة الاذن في الاداء بلا ضمان ، حتى يقال: إن شرط الرجوع ، رجع ،وإلا فعلى الخلاف . وفي كلام صاحب « التقريب » رمز إليه .

الحال الثاني : أن يضمن ويؤدي بلا إذن ، فلا رجوع .

الثالث : يضمن بغير إذن ، ويؤدي بالاذن ، فلا رجوع على الاصح . فلو أذن في الاداء بشرط الرجوع ، ففيه احتمالان للامام ،أحدهما : يرجع كما لو أذن في الاداء بهذا الشرط من غير ضمان . والثاني : لا ،لان الاداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة .

قلت : الاحتمال الاول أصح . والله أعلم

الرابع : يضمن بالاذن ، ويؤدي بلا إذن ، فأوجه .الاصح المنصوص: يرجع . والثاني : لا . والثالث : إن أدى من غير مطالبة أو بمطالبة ، ولكن أمكنه استئذان الاصيل ، لم يرجع ،وإلا فيرجع .

فرع

حوالة الضامن المضمون له على إنسان،وقبوله حوالة المضمون له عليه ،ومصالحتها عن الدين على عوض ، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن ، كالاداء في ثبوت الرجوع وعدمه .

فصل
في كيفية الرجوع

فان كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته ، رجع به . وإن اختلف الجنس ، فالكلام في المأذون في الاداء بلا ضمان ، ثم في الضامن . أما الاول ، فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه،إن أثبتناه لو صالح على غير الجنس ، ففي رجوعه أوجه . أصحها: يرجع .والثاني :لا.والثالث : إن قال :أدّ ديني أو ما عليّ ، رجع ،وإن قال : أدّ ما عليّ من الدنانير مثلاً ، فلا رجوع . وإذا قلنا : يرجع ،رجع بما سنذكره في الضامن إن شاء الله تعالى . وأما الضامن ، إذا صالح على غير الجنس، فيرجع بلا خلاف ، لأن بالضمان ثبت المال في ذمته كثبوته في ذمة الأصيل، والمصالحة معاملة مبنية عليه . ثم ينظر ، فان كانت قيمة المصالَح عليه أكثر من قدر الدين ، لم يرجع بالزيادة . وإن لم تكن أكثر، كمن صالح عن ألف بعبد يساوي تسعمائة ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحها : يرجع بتسعمائة . والثاني : بالألف . ولو باعه العبد بألف ، ثم تقاصا ، رجع [بالألف] بلا خلاف . ولو قال : بعتك العبد بما ضمنته لك عن فلان ، ففي صحة البيع ، وجهان . فان صححنا ، فهل يرجع بما ضمنه ؟ أم بالأقل مما ضمنه ، ومن قيمة العبد ؟ وجهان .

قلت : المختار الصحة ، وأنه يرجع بما ضمنه . والله أعلم

أمـا إذا اختلفت الصفة ، فان كان المؤدى خيراً ، بأن أدى الصحاح عن المكسرة ، لم يرجع بالصحاح . وإن كان بالعكس ، ففيه الخلاف المذكور في خلاف الجنس . وعن الشيخ أبي محمد ، القطع بالرجوع .

فرع

في مسائل تتعلق بالرجوع

إحداها : ضمن عشرة ، وأدى خمسة ، وأبرأه رب المال عن الباقي ، لم يرجع إلا بالخمسة المغرومة ، وتبقى الخمسة الأخرى على الأصيل . ولو صالحه من العشرة على خمسة ، لم يرجع إلا بالخمسة أيضاً ، لكن يبرأ الضامن والأصيل عن الباقي .

الثانية : ضمن ذمي لذمي ديناً على مسلم ، ثم تصالحا على خمر ، فهل يبرأ المسلم لأن المصالحة بين ذميين ، أم لا، كما لو دفع الخمر بنفسه ؟ وجهان . فان قلنا بالأول، ففي رجوع الضامن على المسلم ، وجهان، لأن ما أدي ليس بمال ، إلا أنه أسقط الدين.

قلت : الأصح :لا يبرأ ، ولا يرجع . والله أعلم

الثالثة : ضمن عن الضامن آخر ، وأدى الثاني ، فرجوعه على الأول، كرجوع الأول على الأصيل ، فيراعى الاذن وعدمه . وإذا لم يثبت له الرجوع على الأول، لم يثبت بأدائه الأول الرجوع على الأصيل ، لأنه لم يغرم . وإذا ثبت له الرجوع على الأول فرجع ، رجع الأول على الأصيل إذا وجد شرطه ، فلو أراد الثاني أن يرجع على الأصيل ، ويترك الأول ، نظر ، إن كان الأصيل قال له : اضمن عن ضامني ، ففي رجوعه عليه ، وجهان، كما لو قال لانسان : أدّ ديني وليس كما لو قال : أدّ دين فلان ، حيث لا يرجع قطعاً على الآمر ، لأن الحق لم يتعلق بذمته . وإن لم يقل له: اضمن عن ضامني ، فان كان الحال لا يقتضي رجوع الأول على الأصيل ، لم يرجع

الثاني عليه . وإن اقتضاه ، فكذلك على الأصح ، لأنه لم يضمن عن الأصيل .ولو أن الثاني ضمن عن الاصيل أيضاً ، فلا رجوع لأحد الضامنين على الآخر ، وإنما الرجوع للمؤدي على الاصيل . ولو ضمن عن الاول والاصيل معاً ، فأدى ، فله أن يرجع على أيهما شاء ، وأن يرجع على هذا بالبعض ، وعلى ذاك بالبعض ، ثم للأول الرجوع على الاصيل بما غرم بشرطه .

الرابعة : على زيد عشرة ، ضمنها اثنان ، كل واحد خمسة، وضمن كل واحد عن الآخر ، فلرب المال مطالبة كل واحد منهما بالعشرة ،نصفها عن الاصيل، ونصفها عن الآخر ، فان أدى أحدهما العشرة ، رجع بالنصف على الاصيل، وبالنصف على صاحبه.وهل له الرجوع بالجميع على الاصيل إذا كان لصاحبه الرجوع عليه لو غرم؟ فيه الوجهان . وإن لم يؤدّ إلا خمسة ، نظر ، هل أداها عن الاصيل، أو عن صاحبه ، أو عنهما؟ويثبت الرجوع بحسبه .

الخامسة : ضمن الثمن ، فهلك المبيع له أو وجد به عيباً فرده ، أو ضمن الصداق ، فارتدت المرأة قبل الدخول ، أو فسخت بعيب، نظر ، إن كان ذلك قبل أن يؤدي الضامن ، برىء الضامن والاصيل . وإن كان بعده ، فان كان بحيث يثبت الرجوع ، رجع بالمغروم على الاصيل ، وضمن رب الدين للأصيل ما أخذ إن كان هالكاً . وإن كان باقياً ، رده بعينه.وهل له إمساكه ورد بدله ؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا رد المبيع بعيب وعينُ دراهمه عند البائع ، فأراد إمساكها ورد مثلها ، والاصح :المنع . وإنما يغرم للأصيل دون الضامن ، لان في ضمن الاداء عنه إقراضه وتمليكه إياه . وإن كان بحيث لا يثبت للضامن الرجوع ، فلا شيء له على الاصيل ، ويلزم المضمون له رد ما أخذ . وعلى من يرد؟ فيه الخلاف فيمن تبرع بالصداق وطلق الزوج قبل الدخول ، وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى .

السادسة : أدى الضامن الدين ، ثم وهبه رب الدين له ، ففي رجوعه على الاصيل ، وجهان بناء على القولين فيما لو وهبت الصداق للزوج، ثم طلقها قبل الدخول .

قلت : الاصح:الرجوع . والله أعلم

السابعة : لرجل على رجلين عشرة ، وضمن كل واحد ماعلى الآخر ، فلرب الدين أن يطالبها ، ومن شاء منها بالعشرة . فان أداها أحدهما، برئا جميعاً،وللمؤدي الرجوع بخمسة على صاحبه إن وجد شرط الرجوع . وإن أدى كل واحد خمسة عما عليه ، فلا رجوع . وإن أدى عن الآخر، جاء خلاف التقاص.وإن أدى أحدهما خمسة ، ولم يؤد الآخر شيئاً ، فان أداها عن نفسه ، برىء مما عليه ،وبقي على صاحبه ما كان عليه،والمؤدي ضامن له . وإن أداها عن صاحبه ، رجع بها عليه، وبقي عليه ما كان عليه ،وصاحبه ضامن له . وإن أداها عنهما ، فلكل نصف حكمه . وإن أدى ولم يقصد شيئاً ، فهل يقسط عليهما ؟ أو يقال : اصرف إلى ما شئت ؟ وجهان سبق نظيرهما في آخر الرهن . ومن فوائدهما ، أن يكون بنصيب أحدهما رهن . فان قلنا : له صرفه ،فصرفه إلى ما به الرهن ، انفك ، وإلا ، فلا . ولو قال المؤدي :أديت عما عليّ ، فقال القابض: بل عن صاحبك ، صدق المؤدي بيمينه. فاذا حلف ، برىء مما عليه ،لكن لرب الدين مطالبته بخمسة على الصحيح ، لان عليه خمسة أخرى ،إما بالأصالة، وإما بالضمان . وفي وجه :لا مطالبة له ، لانه إن طالبه عن الاصالة ، فالشرع يصدّق المؤدي في البراءة منها . وإن طالبه بالضمان ، فربّ الدين معترف بأنه أدى عنه .وإن أبرأ رب الدين أحدهما عن جميع العشرة، برىء أصلاً وضماناً ، وبرىء الآخر من الضمان دون الاصل . وإن أبرأ أحدهما عن خمسة ، نظر ،إن أبرأه عن الاصل ، برىء عنه ، وبرىء صاحبه عن ضمانه ،وبقي عليه ضمان ما على صاحبه . وإن أبرأه عن الضمان ، برىء عنه،وبقي عليه الأصل، وبقي على صاحبه الأصل والضمان.وإن أبرأه عن الخمسة من [1]الجهتين جميعاً ،سقط عنه نصف الاصل ونصف الضمان ،وعن صاحبه نصف الضمان،[وبقي عليه الاصل،

(١) في نسخة : عن .

ونصف الضمان] ، فيطالبه بسبعة ونصف ، ويطالب المبرأ بخمسة . وإن لم ينو عند الابراء شيئاً ، فهل يحمل على النصف، أم يخير ليصرف إلى ماء شاء ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبرأت عن الضمان ، فقال المبرأ : بل عن الأصل ، فالقول قول المبرىء .

الثامنة : ادعى أن له على زيد وعلى غائب ألفاً باعها به عبداً قبضاه ، أو عن جهة أخرى ، وأن كل واحد منهما ضمن ما على الآخر وأقام بذلك بيّنة ، فأخذ الألف من زيد ، نص أنه يرجع على الغائب بنصف الألف . قال الجمهور : هذا إذا لم يكن وُجد من زيد تكذيب للبينة . فان كان ، لم يرجع ، لأنه مظلوم بزعمه ، فلا يطالب غير ظالمه ، وهذا هو الأصح . وقال ابن خيران : يرجع وإن صرح بالتكذيب ، لأن البينة أبطلت حكم إنكاره .

فرع

جميع ما سبق من رجوع المأذون له في الاداء ، والضامن على الأصيل ، مفروض فيما إذا أشهد على الاداء رجلين أو رجلاً وامرأتين . فلو أشهد واحداً اعتماداً على أنه يحلف معه ، أو أشهد مستورين ، فبانا فاسقين ، كفى ذلك على الأصح . ولا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قرب ، لأنه لايفضي إلى المقصود . أما إذا أدى بلا إشهاد ، وأنكر ربُّ المال ، فان أدى في غيبة الأصيل ، فمقصّر ، فلا يرجع إن كذبه الأصيل قطعاً ، وكذا إن صدقه على الأصح . وهل يحلف الأصيل إذا كذبه؟ قال في « التتمة » : يبنى على أنه لو صدقه ، هل يرجع عليه ؟ إن قلنا : نعم ، حلفه على نفي العلم بالاداء ، وإلا بني على أن النكول ورد اليمين ، كالاقرار ، أم كالبينة ؟ إن قلنا : كالاقرار ، لم يحلفه ، لأن غايته أن ينكل فيحلف الضامن ، فيكون كتصديقه،

وذلك لا يفيد الرجوع . وإن قلنا : كالبينة ، حلفه طمعاً في أن ينكل ، ويحلف ، فيكون كالبينة . ولو كذبه الأصيل وصدقه رب المال ، رجع على الأصح ، لسقوط المطالبة ، فانه أقوى من البينة . وأما إذا أدى بحضور الاصيل ، فيرجع على الصحيح المنصوص . ولو توافق الأصيل والضامن على أنه أشهد ، ولكن مات الشهود أو غابوا ، ثبت الرجوع على الصحيح . وقيل : لا ، وهو شاذ ضعيف . ولو قال الضامن: أشهدت وماتوا ، وأنكر الاصيل الاشهاد ، فهل القول قول الأصيل ، لأن الاصل عدم الاشهاد ، أو قول الضامن ، لأن الاصل عدم التقصير ؟ وجهان . أصحهما : الأول . ولو قال : أشهدت فلاناً وفلاناً ، فكذباه ، فهو كما لو لم يشهد . ولو قالا : لا ندري وربما نسينا ، ففيه تردد للامام . ومتى لم تقم بينة بالأداء ، وحلف رب المال ، بقيت مطالبته بحالها . فان أخذ المال من الاصيل ، فذاك . وإن أخذ من الكفيل مرة أخرى ، فقيل : لا يرجع بشيء ، والأصح : أنه يرجع . وهل يرجع بالمغروم أولاً لانه مظلوم بالثاني، أم بالثاني لانه المسقط للمطالبة ؟ وجهان. قلت : ينبغي أن يرجع بأقلهما . فان كان الاول ، فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني. وإن كان الثاني ، فهو المبرىء ، ولان الاصل براءة ذمة الاصيل من الزائد .

والله أعلم

فصل

الضمان في مرض الموت ، إذا كان بحيث يثبت الرجوع ، ووجد الضامن مرجعاً، فهو محسوب من رأس المال . وإن لم يثبت الرجوع ، أو لم يجد مرجعاً لموت الأصيل معسراً ، فمن الثلث . ومتى وفت تركة الاصيل بثلثي الدين ، فلا دور ، لان صاحب الحق إن أخذه من ورثة الضامن ، رجعوا بثلثيه في تركة الاصيل . وإن أخذ تركة

الاصيل وبقي شيء ، أخذه من تركة الضامن ويقع تبرعاً ، لأن ورثة الضامن لا يجدون مرجعاً. وإن لم تف التركة بالثلاثين ، فقد يقع الدور، كمريض ضمن تسعين ، ومات وليس له إلا تسعون ، ومات الأصيل وليس له إلا خمسة وأربعون، فرب المال بالخيار ، إن شاء أخذ تركة الاصيل كلها ولا دور حينئذٍ ، ويطالب ورثة الضامن بثلاثين ، ويقع تبرعاً إذ لم يبق للأصيل تركة يرجع فيها ، وإن أراد الاخذ من تركة الضامن ، لزم الدور، لان ما يغرمه ورثة الضامن ، يرجع إليهم بعضه ، لان المغروم صار ديناً لهم على الاصيل ، فيتضاربون[1]به مع رب المال في تركة الاصيل ، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ، ومن زيادة التركة زيادة المغروم ، ومن زيادة المغروم زيادة الراجع . وطريق استخراجه أن يقال : يأخذ رب المال من ورثة الضامن شيئاً ، ويرجع إليهم مثل نصفه ، لان تركة الاصيل نصف تركة الضامن ،فيبقى عندهم تسعون إلا نصف شيء ، وهو يعدل مثلي ما تلف بالضمان ،والتالف نصف شيء ،ومثلا شيء ، فاذاً تسعون إلا نصف شيء يعدل شيئاً. وإذا جبرنا وقابلنا ، عدلت تسعون شيئاً ونصفاً فيكون الشيء ستين ، فبان أن المأخوذ ستون ، وحينئذٍ يكون الستون ديناً لهم على الاصيل ، وقد بقي لرب المال ثلاثون ،فيتضاربون في تركته بسهمين وسهم ، وتركته خمسة وأربعون ، يأخذ منها الورثة ثلاثين ، ورب الدين خمسة عشر ،ويتعطل باقي دينه وهو خمسة عشر، ويكون الحاصل للورثة ستين، ثلاثين بقيت عندهم،وثلاثين أخذوها من تركة الاصيل، وذلك مثلا ما تلف ووقع تبرعاً ، وهو ثلاثون . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن تركة الاصيل ثلاثون ، فيأخذ رب الدين شيئاً،ويرجع إلى ورثة الضامن مثل ثلثه، لان تركة الاصيل ثلث تركة الضامن ، فيبقى عندهم تسعون ناقصة ثلثي شيء تعدل

(١) في نسخة : فيضاربون .

مثلي التالف بالضمان ، وهو ثلثا شيء ، فمثلاه شيء وثلث . فاذن تسمون إلا ثلث شيء يعدل شيئاً وثلثا ، فاذا جبرنا وقابلنا ، عدلت تسمون شيئين ، فيكون الشيء خمسة وأربعين ، وذلك ما أخذه رب الدين ، وصار ديناً لورثة الضامن على الاصيل، وبقي لرب الدين عليه خمسة وأربعون أيضاً ، فيتضاربون في تركته بسهم وسهم ، فتجعل بينهما مناصفة . ولو كانت تركة الاصيل ستين ، فلا دور ، بل لرب الدين أخذ تركة الضامن كلها ، ثم هم يأخذون تركة الاصيل كلها بحق الرجوع ، ويقع الباقي تبرعاً.
قلت : وهذه مسائل منثورة ، تتعلق بالضمان .وترك بياضاً في الاصل .

* * *

كتاب الشركة

كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوع ، يقال : هو مشترك . وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال ، كالقصاص ، وحدّ القذف ، ومنفعة كلب الصيد ، ونحوه ، وإلى متعلق بمال ، وذلك إما عين مالٍ ومنفعته ، كما لو غنموا مالاً أو ورثوه أو اشترَوه. وإما مجرد منفعة ، كما لو استأجروا عبداً ، أو وُصّي لهم بمنفعته . وإما مجرد العين، كما لو ورثوا عبداً موصى بمنافعه . وإما حق يتوصل به إلى مال ، كالشفعة الثابتة لجماعة . والشركة ، قد تحدث بلا اختيار ، كالارث . وباختيار ، كالشراء ، وهذا مقصود الكتاب . والشركة أربعة أنواع .

الأول : شركة العنان ، ولها ثلاثة أركان.

الاول : العاقدان والمعتبر فيهما ، أهليـة التوكيـل والتوكل . وتكره مشاركة الذمي ، ومن لا يحترز من الربا ونحوه .

الثاني : الصيغة ، ولا بد من لفظ يدل على الاذن في التجارة والتصرف . فان أذن كل واحدٍ لصاحبه صريحاً ، فذاك . فلو قالا : اشتركنا ، واقتصرا عليه ، لم يكف ذلك ، لتسلطهما على التصرف من الجانبين على الأصح عند الأكثرين . ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في الجميع ، ولم يأذن الآخر ، تصرف المأذون في جميع المال ، ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه ، وكذا لو أذن لصاحبـه في التصرف في الجميع وقال : أنا لا أتصرف إلا في نصيبي . ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف

في نصيبه ، لم يصح العقد ، لما فيه من الحجر على المالك في ملكه . ثم ينظر في المأذونة فيه ، فان عين جنساً ، لم يتصرف المأذون في نصيب الاذن في غير ذلك الجنس . وإن قال : تصرف واتّجِر فيما شئت من أجناس المال ، جاز على الصحيح . وفي وجه : لا بد من التعيين .

قلت : ولو أطلق الاذن ولم يتعرض لما يتصرف فيه ، جاز على الأصح كالقراض.

والله أعلم

الثالث : المال المعقود عليه ، وفيه مسائل .

الاولى : تجوز الشركة في النقدين قطعاً ، ولا تجوز في المتقومات قطعاً . وفي المثليات ، قولان . ويقال : وجهان ، أظهرهما : الجواز . والمراد بالنقدين ، الدراهم والدنانير المضروبة . أما التبر والحلي والسبائك ، فأطلقوا منع الشركة فيها . ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلي أم لا ؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الغصب . فان جعلناه متقوماً ، لم تجز الشركة . وإلا ، فعلى الخلاف في المثلي . وأما الدراهم المغشوشة ، فقال الروياني : لا تصح الشركة فيها . وحكى في « التتمة» في صحة القراض عليها ، خلافاً مبنياً على جواز المعاملة بها، إن جوزناها ، فقد ألحقنا المغشوش بالخالص ، وإلا ، فلا . فاذا جاء في القراض خلاف ، ففي الشركة أولى. وقال صاحب « العدة » : الفتوى، جواز الشركة فيها إن استمر في البلد رواجها.

قلت : هذا المنقول عن « العدة » هو الأصح . وأما قوله : أطلقوا منع الشركة في التبر إلى آخره ، فعجب ، فان صاحب « التتمة » حكى في انعقاد الشركة على التبر والنقرة وجهين كالمثلي . والمراد بصاحب « العدة » هنا ، أبو المكارم الروياني.

والله أعلم

ثم ما ذكرناه في المسألة من منع الشركة وجوازها ، المراد به :إذا أخرج هذا قدراً من ماله ، وذاك قدراً ،وجعلاهما رأس مال . وتتصور الشركة على غير هذا الوجه في جميع الاموال ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى .

المسألة الثانية : إذا أخرج كل واحد قدراً من المال الذي تجوز الشركة فيه ، وأراد الشركة، اشترط خلط المالين خلطاً لا يمكن معه التمييز .فان لم يفعلا، فتلف مال أحدهما قبل التصرف ، تلف على صاحبه فقط،وتعذر إثبات الشركة في الباقي ،فلا تصح الشركة إن اختلف الجنس كالدراهم والدنانير ، أو الصفة كاختلاف السكة ، وكالصحاح والمكسرة ، أو المثقوبة ، وكالعتيقة والجديدة ، والبيضاء والسوداء . وفي البيض والسود ، وجه عن الاصطخري . وإذا جوزنا الشركة في المثليات ، وجب تساويهما جنساً ووصفاً،فلا يكفي خلط حنطة حمراء ببيضاء لامكان التمييز ، وإن كان فيه عسر . وفي وجه : يكفي، لأنه يعد خلطاً. وينبغي أن يتقدم الخلط على العقد ، فان تأخر ، حكى في « التتمة » وجهين . أصحهما : المنع ،إذ لا اشتراك حال العقد . والثاني : الجواز إن وقع في مجلس العقد ، لأنه كالعقد . فإن تأخر عنه ، لم يجز على الوجهين . ومال الامام إلى جوازه ، لأن الشركة توكيل ، وتوكل . لكن لو قيد الاذن بالتصرف في المال المفرد ، فلا بد من تجديد الاذن . ولو ورثوا عروضاً أو اشتروها ، فقد ملكوها شائعة ، وذلك أبلغ من الخلط . فاذا انضم إليه الاذن في التصرف ، تم العقد . ولهذا قال المزني والأصحاب : الحيلة في الشركة في العروض المتقومة ، أن يبيع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ، سواء تجانس العرضان أو اختلفا ، ليصير كل واحد منهما مشتركاً بينهما ، فيتقابضان ، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف. وقال في « التتمة » : يصير العرضان مشتركين ، ويملكان التصرف فيهما بالاذن ، لكن لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقداً ، وهو ناض ، ومقتضى إطلاق

الجمهور ، ثبوت الشركة وأحكامها مطلقاً ، وهو الصحيح . ولو لم يتبايعا العرضين ، لكن باعاهما بعرض أو نقد ، ففي صحة البيع ، قولان سبقا . فان صححناها ، كان الثمن مشتركاً بينهما على التساوي أو التفاضل بحسب قيمة العرضين ، فيأذن كل واحد لصاحبه في التصرف .

قلت : وإذا باع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض صاحبه ، فهل يشترط علمها بقيمة العرضين ؟ وجهان حكاهما في « الحاوي » . والصحيح : لا يشترط . ومن الحيل في هذا ، أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بثمن في ذمته ، ثم يتقاصا . والله أعلم

الثالثة : الصحيح : أنه لا يشترط تساوي المالين في القدر ، بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين ، وقال الانماطي : يشترط ، وهو ضعيف . وهل يشترط العلم حالة العقد بقدر النصيبين بأن يعرفا أن المال بينهما نصفان ، أو على نسبة أخرى ؟ وجهان . أصحهما : لا يشترط إذا أمكن معرفته من بعدُ . ومأخذ الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك ، وكل واحد يجهل حصته ، فاذن كل واحد لصاحبه في التصرف في كل المال أو في نصيبه ، هل يصح الاذن ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لجهلها . وأصحهما : نعم ، لأن الحق لا يعدوهما . وعلى هذا تكون الاثمان بينهما مبهمة كالمثمنات .

فرع

لو كان لهما ثوبان اشتبها ، لم يكف ذلك لعقد الشركة ، فان المالين متميزان، لكن اشتبها .

فرع

قال أصحابنا العراقيون وغيرهم : إذا جوزنا الشركة في المثليات ، فان استوت القيمتـان ، كانا شريكين على السواء . وإن اختلفتا ، بأن كان لأحدهما قفيز قيمته مائة ، وللآخر قفيز قيمته خمسون ، فهما شريكان مثالثةً ، وهذا مبني على قطـع النظر في المثلي عن تساوي الاجزاء في القيمة .

فرع

لأحدهما دراهم ، وللآخر دنانير ، واشتريا شيئاً بهما ، فطريقه أن يقوّم ما ليس بنقد البلد منهما بمـا هو نقده ، فان استوت قيمتهما ، فالشركة على التساوي ، وإلا فعلى الاختلاف .

النوع الثاني : شركة الابدان ، وهو أن يشترك الدلالان أو الحمالان أو غيرهما من أهل الحرف على ما يكسبان ، ليكون بينهما متساوياً أو متفاضلاً ، وهي باطلة ،سواء اتفقا في الصنعة ، او اختلفا ، كالخياط والنجار ، لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فاختص بفوائده ، كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة ، ليكون الدرّ والنسل بينهما ، فانه لا يصح . وفي وجه ضعيف : يصح سواء اتفقت الصنعة أم لا .

قلت : هذا الوجه ، حكاه صاحب « الشامل » وغيره قولاً . والله أعلم

فاذا أبطلنا، فاكتسبا ، نظر ، إن انفردا ، فلكل كسبه ، وإلا فيقسم الحاصل على قدر أجرة المثل ، لا بحسب الشرط .

النوع الثالث : شركة المفاوضة ،وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكسبان

ويربحان ويلزمـــان من غرم ويحصـل من غنم ، وهي باطلة . فلو استعملا لفظ المفاوضة ، وأرادا شركة العنان ، جاز ، نص عليه . وهذا يقوي تصحيح العقود بالكنايات .

النوع الرابع : شركة الوجوه ، وقد فسرت بصور .

أشهرها : أن يشترك وجيهان عند الناس ، ليبتاعا في الذمة إلى أجل ، عـلى أن ما يبتاعه كل واحد يكون بينهما ، فيبيعانه ويؤديان الاثمان ، فما فضل فهو بينهما.
الثانية:أن يبتاع وجيه في الذمة، ويفوض بيعه إلى خامل ،ويشترطا أن يكون ربحه بينهما[1] .
والثالثة : أن يشتري وجيه لا مال له ، وخامل ذو مال ، ليكون العمل من الوجيه ، والمال من الخامل ، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه ، والربـح بينهما . وبهذا الثـالث فسرها ابن كج والامام . ويقرب منه ما ذكره الغزالي ، وهو أن يبيـع الوجيه مال الخامل بزيادة ربـح ، ليكون له بعض الربـح ، وهي في الصـور كلها باطلة ، إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند القسمة . ثم ما يشتريه أحدهما في الصورة الأولى والثانية ، فهو له ، يختص بربحه وخسرانه ، ولا يشاركه فيه الآخر إلا إذا صرح بالاذن في الشراء بشرط التوكيل في الشراء ،وقصد المشتري موكلَه[2].
وأما الصورة الثالثة ، فليست بشركة في الحقيقة ، بل قراض فاسد ، لاستبداد المالك باليد . فان لم يكن المال نقداً ، زاد للفساد وجه آخر .

فرع

في مسائل تتعلق بما سبق

وهي منصوصة في البويطي .

إحداها : لو أخذ جملاً لرجـل ، وراوية لآخر ،وتشاركوا على أن يستقي الآخذ

(١) في الأصل : مبهماً .
(٢) في « شرح الوجيز » : وقصد المشتري توكيله .

الماء ، والحاصل بينهم ، فهو باطل . فلو استقى ، فلمن يكون الماء ؟ نقل صاحب « التلخيص» وآخرون فيه اختلاف قول ، وضعف الجمهور هذه الطريقة ، وصوّبوا تفصيلاً ذكره ابن سريج ، وهو أنه إن كان الماء مملوكاً للمستقي ، أو مباحاً ، لكن قصد به نفسه ، فهو له ، وعليه لكل واحد من صاحبيه أجرة المثل . وإن قصد الشركة ، فهو على الخلاف في جواز النيابة في تملك المباحات . فان منعناها ، فهو للمستقي ، وعليه الاجرة لهما . وإن جوزناها وهو الأصح ، فالماء بينهم . وفي كيفية الشركة ، وجهان . أحدهما : تقسم بينهم على نسبة أجور أمثالهم ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، وحكي عن نصه في البويطي . وأصحهما عند الشيخ أبي علي وبه قطع القفال : أنه يقسم بينهم بالسوية إتباعا لقصده ، فعلى هذا ، يرجع المستقي على كل واحد من صاحبيه بثلث أجرة منفعته ، إذ لم يصل إليه منها إلا الثلث ، ويرجع كل واحد من صاحبيه بثلثي أجرة ماله على صاحبه ، وعلى المستقي . وعلى الوجه الأول : لا تراجع بينهم أصلاً .

الثانية : استأجر رجل الراوية من صاحبها ، والجمل من صاحبه ، واستأجر أيضاً المستقي لاستقاء الماء وهو مباح ، نظر ، إن أفرد كل واحد بعقد ، صح والماء للمستأجر ، وإن جمع الجميع في عقد ، ففي صحة الاجارة ، قولان . كمن اشترى عينين لرجلين بثمن واحد ، فان صححنا ، وُزّعت الاجرة المسماة على أجور الامثال ، وإلا ، فلكل واحد عليه أجرة المثل ، ويكون الماء للمستأجر صححنا الاجارة أم أفسدناها ، لأنا وإن أفسدناها ، فمنافعهم مضمونة بالاجرة ، قاله الامام . وإن نوى المستقي نفسه ، وفرعنا على فساد الاجارة ، فعن الشيخ أبي علي : أنه أيضاً للمستأجر ، وتوقف فيه الامام ، لأن منفعته غير مستحقة للمستأجر ، وقد قصد نفسه ، فليكن الحاصل له . وموضع القولين ، إذا وردت الاجارة على عين المستقي والجمل والراوية ، فأما إذا ألزم ذممهم ، فتصح الاجارة قطعاً .

الثالثة : اشترك أربعة ، لأحدهم بيت رحى ، ولآخر حجر الرحى ، ولآخر بغل يديره ، والرابع يعمل في الرحى ، على أن الحاصل من أجرة الطحن بينهم ، فهو فاسد . ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل والآلات من مالكيها ، وأفرد كل واحد بعقد ، لزمه ما سمى لكل واحد ، وإن جمعهم في عقد ، فان لزم ذممهم الطحن ، صح العقد، وكانت الاجرة المسماة بينهم أرباعاً ، ويتراجعون بأجرة المثل ، لأن المنفعة المملوكة لكل واحد منهم قد استوفى ربعها ، حيث أخذ ربع المسمى ، وانصرف ثلاثة أرباعها إلى أصحابه ، فيأخذ منهم ثلاثة أرباع أجرة المثل . وإن استأجر عين العامل وأعيان الآلات ، ففيه القولان السابقان . فان أفسدنا الاجارة، فلكل واحد أجرة مثله . وإن صححناها ، وزع المسمى عليهم ، ويكون التراجع بينهم على ما سبق . وإن ألزم مالك الحنطة ذمة العامل الطحن ، لزمه ، وعليه إذا استعمل ما لأصحابه أجرة المثل ، إلا أن يستأجر منهم إجارة صحيحة ، فعليه المسمى.

الرابعة : لواحد بذر ، ولآخر أرض ، ولآخر آلة الحرث ، اشتركوا مع رابع ليعمل ، وتكون الغلة بينهم ، فالزرع لصاحب البذر ، وعليه لأصحابه أجرة المثل . قال في « التتمة » : فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل منه شيء ، فلا شيء لهم، لأنهم لم يحصّلوا له شيئاً . ولا يخفى عدول هذا عن القياس الظاهر .

قلت : الذي قاله في « التتمة » هو الصواب . والله أعلم

فصل
في حكم الشركة الصحيحة

لها أحكام .

أحدها : إذا وجد الاذن من الطرفين ، تسلط كل واحد منها على التصرف .

وتصرف الشريك كتصرف الوكيل، لا يبيع نسيئة، ولا بغير نقد البلد، ولا يبيع ولا يشتري بغبن فاحش إلا باذن الشريك. فان باع بالغبن الفاحش، لم يصح في نصيب شريكه. وفي نصيبه، قولا تفريق الصفقة. فان لم نفرقها، بقي المبيع على ملكهما والشركة بحالها. وإن فرقناها، انفسخت الشركة في المبيع، وصار مشتركاً بين المشتري والشريك. وإن اشترى بالغبن، نظر، إن اشترى بعين مال الشركة، فهو كما لو باع. وإن اشترى في الذمة، لم يقع للشريك، وعليه وزن الثمن من خالص ماله.

فرع

ليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة، ولا أن يبعّضه من غير إذن صاحبه. فان فعل، ضمن.

الحكم الثاني : لكل واحدٍ فسخ الشركة متى شاء، كالوكالة. فلو قال أحدهما للآخر: عزلتك عن التصرف، أو لاتتصرف في نصيبي، انعزل المخاطب، ولا ينعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول. ولو قال: فسخت الشركة، انفسخ العقد قطعاً. والمذهب: أنهما ينعزلان عن التصرف. وقال في «التتمة»: في بقاء تصرفها، وجهان إن كانا صرحا في عقد الشركة بالاذن. ووجه البقاء: استمراره حتى يأتي بصريح العزل.

فرع

تنفسخ الشركة بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه، كالوكالة. ثم في صورة الموت، إن لم يكن دين ولا وصية، فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة

إن كان رشيداً ، فان كان مولياً عليه لصغره أو جنونه ، فعل وليّه ما فيه حظه من الأمرين . وإنما تتقرر الشركة بعقد مستأنف ، فان كان على الميت دين ، فليس للوارث تقرير الشركة إلا بعد قضاء الدين . وإن كان هناك وصية لمعيَّن ، فهو كأحد الورثة . فان كان غير معين ، كالفقراء ، لم يصح تقرير الشركة حتى تخرج الوصية. ثم هو كما لو لم تكن وصية .

الحكم الثالث : أن الربح بينهما على قدر المالين ، شرط ذلك ،أم لا ، تساويا في العمل ، أم تفاوتا . فان شرطا التساوي في الربح مع التفاوت في المال ، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال ، فسدت الشركة على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الامام وجهاً آخر : أنها لا تفسد ، ويوزع الربح على قدر المالين .ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح ، فأطلق الجمهور لفظ الفساد ، وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام . فلو اختص أحدهما بزيادة عمل ، وشرط له زيادة ربح ، فوجهان . أحدهما : صحة الشرط ، ويكون الزائد على حصة ملكه في مقابلة العمل ،ويتركب العقد من شركة وقراض . وأصحهما : المنع ، كما لو شرط التفاوت في الخسران ،فانه يلغو ويوزع الخسران على المال ، ولا يصح جعله قراضاً ، فان هناك يقع العمل مختصاً بمال المالك ، وهنا بملكيهما. ومتى فسد الشرط ، لم يؤثر في فساد التصرف، لوجود الاذن ، ويكون الربح على نسبة المالين ، ويرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله . فان تساويا في المال والعمل ، فنصف عمل كل واحد يقع في مقابلة ماله ، فلا أجرة فيه ، ونصفه في مال صاحبه ، ويستحق صاحبه مثل بدله عليه ، فيقع في التقاص .وإن تفاوتا في العمل مع استواء المال ، فساوى عمل أحدهما مائتين ، والآخر مائة . فان كان عمل من شرط له الزيادة أكثر ،فنصف عمله مائة ، ونصف عمل صاحبه خمسون ، فيبقى له بعد التقاص خمسون . وإن كان عمل صاحبه أكثر ، ففي رجوعه بخمسين على من شرط له الزيادة، وجهان .

أحدهما : الرجوع، كما لو فسد القراض . وأصحهما : المنع .ويجري الوجهان ، فيما لو فسدت الشركة ، واختص أحدهما بأصل التصرف والعمل ، هل يرجع بنصف أجرة عمله على الآخر ؟ أما إذا تفاوتا في المال ، فكان لأحدهما ألف ، وللآخر ألفان ، وتفاوتا في العمل، فعمل صاحب الأكثر أكثر ،بأن يساوى عمله مائتين ، وعمل الآخر مائة ،فثلثا عمله في ماله،وثلثه في مال صاحبه ، وعمل صاحبه بالعكس، فيكون لصاحب الأكثر ثلث المائتين على الأقل ، ولصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ،وقدرهما متفق ،فيقع في التقاص.وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر، والتفاوت كما صورنا،فثلث عمل صاحب الأقل في ،ماله وثلثاه في مال صاحبه ، وثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله،وثلثه في مال شريكه،فيبقى لصاحب الأقل على الأكثر مائة بعد التقاص .ولو تساويا في العمل ،فلصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر، ولصاحب الأكثر ثلث المائة عليه ، فثلث تقاص، ويبقى لصاحب الأقل ثلث المائة .

فرع

ما ذكرناه من حكم الفساد عند تغيير نسبة الربح ، يجري في سائر أسباب فساد الشركة . لكن قال الامام : لو لم يكن بين المالين شيوع ، وخلط ، فلا شركة هنا على التحقيق ، بل ثمن كل مال يختص بمالكه ، ولا يقع مشتركا . والكلام في الصحة والفساد ، إنما يكون بعد حصول نفس الشركة . وإن جرى توكيل من الجانبين ، لم يخف حكمه .

فرع

إذا جورنا شرط زيادة ربح لمن اختص بزيادة عمل ، فلم يشترطاه،ولا اشترطا

توزيع الربح على قدر المالين ، بل أطلقا ، فذكر صاحب « التقريب » والشيخ أبو محمد ، خلافاً في أن الربح يوزع على المالين ،وتكون زياد العمل تبرعاً، أم تثبت للزيادة أجرة تخريجاً مما إذا استعمل صانعاً ولم يذكر أجرة .ثم إذا شرطا زيادة ربح لمن زاد عمله ، هل يشترط استقلاله باليد كالقراض ؟ أم لا كسائر الشرك ؟ وجهان . وكذا لو اشترطا انفراد أحدهما بالعمل. والخلاف في جواز اشتراط زيادة الربح لمن زاد عمله ، جارٍ فيما إذا شرط انفراد أحدهما بالتصرف ، وجعل له زيادة ربح . وقيل : يجوز هنا، ولا يجوز إذا اشتركا في أصل العمل ، لأنه لا يدرى أن الربح بأي عمل حصل .

الحكم الرابع : أن يد كل منهما يد أمانة كالمودع. فاذا ادعى ردَّ المال إلى شريكه، أو تلفاً ، أو خسراناً ، صدق .فان أسند التلف إلى سبب ظاهر ، طولب بالبينة على السبب . فاذا أقامها ،صدق في الهلاك به . ولو ادعى أحدهما خيانة صاحبه ، لم يسمع حتى يبين قدر ما خان به . فاذا بين ، فالقول قول المنكر مع يمينه . ولو كان في يد أحدهما مال، فقال : هو لي ،صدق بيمينه . ولو اشترى شيئاً وقال : اشتريته لنفسي ، وقال الآخر : بل للشركة ،أو عكسه ، فالقول قول المشتري ،لأنه أعلم بقصده . ولو قال صاحب اليد : اقتسمنا ،وهذا نصيبي ، وقال الآخر : هو مشترك ، فالقول قول الثاني . ولو كان في أيديهما أو في يد أحدهما مال ، وقال كل واحد : هذا نصيبي من المشترك،وأنت أخذت نصيبك ، حلفا، وجعل المال بينهما . فان نكل أحدهما ، قضي للحالف .

فرع

بينهما عبد ،باعه أحدهما باذن شريكه ، وأذن له في قبض الثمن ،أو قلنا:

للوكيل بالبيع قبضُ الثمن ، ثم اختلف الشريكان في قبض الثمن ، فذلك يتصور على وجهين . أحدهما : أن يقول الشريك للبائع : قبضت كل الثمن ، فسلم إليَّ نصيبي، ويوافقه المشتري على أن البائع قبض ، وينكر البائع ، فيبرأ المشتري عن نصيب الذي لم يبع ، لاعترافه ببراءته . ثم هنا خصومة بين البائع والمشتري ، وخصومة بين الشريكين ، وربما تقدمت الأولى على الثانية ، وربما تأخرت . فان تقدمت ، نظر ، إن قامت للمشتري بينة على الاداء ، اندفعت عنه مطالبة البائع . فان شهد له الشريك ، لم يقبل في نصيبه . وفي نصيب البائع القولان في تبعيض الشهادة . وإن لم يقم بينة ، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض . فان حلف ، أخذ نصيبه من المشتري ، ولا يشاركه الذي لم يبع فيه ، لأنه يزعم أن ما يأخذه الآن ظلم . وإن نكل ،وحلف المشتري ، انقطعت عنه المطالبة . وإن نكل المشتري أيضاً ، فوجهان . قال ابن القطان : لا يلزمه نصيب البائع ، لأنا لا نقضي بالنكول . والصحيح : أنه يلزمه، لأنه ليس قضاءً بالنكول ، بل مؤاخذة باعترافه بلزوم المال بالشراء . فاذا انقضت خصومة البائع والمشتري ، فطلب الشريك حصته من البائع لزعمه أنه قبض الثمن ، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض إلا نصيبه بعد الخصومة . فان نكل البائع ، حلف الشريك وأخذ منه نصيبه ، ولا يرجع به البائع على المشتري ، لأنه يزعم أن شريكه ظلمه ، ولا يمنع البائع من الحلف نكوله على اليمين في الخصومة مع المشتري ، لأنها خصومة أخرى مع آخر . أما إذا تقدمت خصومة الشريكين ، فادعى الذي لم يبع على البائع قبض الثمن ، وطلب حقه ، فعليه البينة ، ولا تقبل شهادة المشتري له . فان لم تكن بينة ، حلف البائع ، فان نكل ، حلف المشتري وأخذ نصيبه من البائع . فاذا انقضت خصومة الشريكين ، فطالب البائع المشتري بحقه ، أخذه بيمينه . فان نكل ، حلف المشتري وبرىء . ولا يمنع البائعَ من الحلف وطلب حقه من المشتري نكوله في الخصومة الاولى مع شريكه . وفي وجه:

يمنه ،وهو ضعيف باتفاق الأصحاب . وعلى ضعفه ، قال الامام : القياس طرده فيما إذا تقدمت خصومة البائع والمشتري ، ونكل البائع ،وحلف المشتري . حتى يقال: تثبت للشريك مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة .

الوجه الثاني : أن يقول البائع للشريك : قبضتَ الثمن كله ،وصدقه المشتري، وأنكر الشريك ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون الشريك مأذوناً من جهة البائع في قبض الثمن ، فيبرأ المشتري من نصيب البائع، لاعترافه بأن وكيله قبضه .ثم تتصور خصومتان كما سبق ، فان تخاصم الشريك والمشتري ، فالقول قول الشريك ، فيحلف ويأخذ نصيبه ، ويسلّم له المأخوذ وإن تخاصم البائع والشريك ، حلف الشريك . فان نكل ، حلف البائع وأخذ حقه منه ، ولا رجوع له على المشتري . وكلّ هذا ،كما سبق في النزاع الأول . ولو شهد البائع للمشتري ، لم يقبل، لأنه يشهد لنفسه .

الحال الثاني : أن يكون غير مأذون ، فلا تبرأ ذمة المشتري عن شيء من الثمن . ثم يكون البائع مأذوناً من جهة الشريك في القبض ، وتارة لا .

فان كان ، فله مطالبة المشتري بنصيبه ، وليس له مطالبته بنصيب الشريك ، لأنه لمّا أقر بقبض الشريك نصيب نفسه ، صار معزولاً .ثم إذا تخاصم الشريك والمشتري، فعلى المشتري البينة بالقبض . فان لم تكن ، فالقول قول الشريك . فاذا حلف، ففيمن يأخذ حقه منه ؟ وجهان . أحدهما : قال المزني وابن القاص وآخرون : إن شاء أخذ تمام حقه من المشتري ، وإن شاء شارك البائع في المأخوذ وأخذ الباقي من من المشتري ، لأن الصفقة واحدة ،فكل جزء من الثمن شائع بينهما .فاذا شارك،لم يبق للبائع إلا ربع الثمن . وقال ابن سريج وغيره : ليس له إلا الأخذ من المشتري ، ولا يشارك البائع فيما أخذه ، لأن البائع انعزل عن الوكالة باقراره أن

الشريك أخذ حقه ، فما يأخذه بعد الانعزال ، يأخذه لنفسه فقط . وهذا الوجه استحسنه الشيخان : أبو حامد وأبو علي . ولو شهد البائع للمشتري على الشريك بقبض الثمن ، فعلى قول المزني : لا تقبل شهادته ، لأنه يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه. وعلى ما ذكره ابن سريج : تقبل .

القسم الثاني : أن لا يكون البائع مأذوناً في القبض ، قال العراقيون : للبائع مطالبة المشتري بحقه ، وما يأخذه يسلم له ، وتقبل شهادته المشتري على الشريك . ويجيء وجه : في مشاركة صاحبه ، وفي قبول الشهادة . وحكى الحناطي وجهاً : أن أحد الوارثين ، لو قبض من الدين قدر حصته ، لم يشاركه الآخر ، إلا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه ، أو لا يجد مالاً سواه . والصحيح : المشاركة مطلقاً . ولو ملكا عبداً، فباعاه صفقة ، فهل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن؟ وجهان. أحدهما : لا . فلو قبض شيئاً، شاركه الآخر كالميراث . وأرجحهما : نعم، كما لو انفرد بالبيع .

فرع

بينهما عبد ، فغصب غاصب نصيب أحدهما ، بأن نزل نفسه منزلته ، فأزال يده، ولم يزل يد صاحبه ، يصح من الذي لم يغصب نصيبه بيعه ، ولا يصح من الآخر بيع نصيبه إلا للغاصب ، أو لقادر على أخذه من الغاصب . فلو باع الغاصب والذي لم يغصب نصيبه، جميع العبد صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب ، وصح في نصيب المالك ، ولا يخرج على تفريق الصفقة ، لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع. وقيل : يبنى نصيب المالك ، على أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقاً ، ينصرف إلى نصيبه . أم يشيع ؟ فيه وجهان مذكوران في كتاب العتق . فان قلنا :

ينصرف إلى نصيبه ، صح ، وإلا فيبطل في ثلاثة أرباع العبد . وفي ربعه قولا تفريق الصفقة . ولا ينظر إلى هذا البناء إذا باع المالكان معاً ، وأطلقا . ولا يجعل كما لو أطلق كل واحد بيع نصف العبد ، لأن هناك تناولَ العقدُ الصحيحُ جميعَ العبد . وهذان الفرعان ، غير مختصين بباب الشركة ، لكن ذكرهما الأصحاب هنا.

قلت : هذه مسائل منثورة .

إحداها : يستحب اشتراك المسافرين في الزاد مجلساً مجلساً ، نص عليه أصحابنا ، وصحت فيه الأحاديث [والله أعلم] . وترك بياضاً في الأصل (١) .



(١) في هامش نسخة الظاهرية ما يلي : بياض كثير في الأصل نحو ثلثي صفحة ، ثم كتب أول الصفحة بعدها ما نصه : المجلدة الثانية من روضة الطالبين ومنهاج المفتين ، اختصار الفقير إلى رحمة ربه ومغفرته ولطفه ورعايته يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن حزام النواوي عفا الله عنه ، اختصره من «شرح الوجيز» للامام المحقق المتبحر أبي القاسم الرافعي رضي الله عنه ، ثم قال بعده في أثناء الصفحة ما نصه : قال مختصره يحيى عفا الله عنه : ابتدأت في هذه المجلدة يوم الجمعة أول ذي الحجة سنة سبع وستين وستمائة . انتهى ، ثم بيض إلى آخر الصفحة ، ثم كتب أول الصفحة بعدها البسملة ، ثم كتاب الوكالة ا.هـ .

كتاب الوكالة

فيه ثلاثة أبواب .

[الباب] الأول في أركانها

وهي أربعة .

الأول : ما فيه التوكيل . وله شروط .

الأول : أن يكون مملوكا له . فلو وكله في طلاق من سينكحها ، أو بيع عبد سيملكه ، أو إعتاق من سيملكه ، أو قضاء دين سيلزمه ، أو تزويج بنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها ، وما أشبه ذلك ، لم يصح على الأصح .

الشرط الثاني : أن يكون قابلاً للنيابة . والذي يفرض فيه النيابة ، أنواع .

منها العبادات . والأصل ، امتناع النيابة فيها . ويستثنى الحج ، والزكاة ، والكفارات، والصدقات ، وذبح الهدي ، والأضحية ، وركعتا الطواف من الأجير . وفيهما كلام يأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى . وفي صوم الولي عن الميت ، خلاف سبق في موضعه . وألحق بالعبادات ، الشهادات ، والأيمان . ومن الأيمان : الايلاء ، واللعان والقسامة ، فلا يصح التوكيل في شيء منها قطعاً ، ولا في الظهار على الأصح . وفي معنى الأيمان ، النذور ، وتعليق الطلاق ، والعتق ، وكذا التدبير على المذهب. وقيل: إن قلنا : إنه وصية ، جاز . ومنها ، المعاملات ، فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه، كالسلم ، والصرف ، والتولية ، وغيرها ، وفي الرهن ، والهبة ، والصلح ، والابراء، والحوالة ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والمضاربة ، والاجارة ، والجعالة ، والمساقاة ، والايداع ، والاعارة ، والأخذ بالشفعة ، والوقف ، والوصية ، وقبولها. وفي وجه شاذ : لا يجوز التوكيل في الوصية ، لأنها قربة . ويجوز التوكيل في طرفي

النكاح والخلع ، وفي تنجيز الطلاق والاعتاق والكتابة ونحوها . ويجوز في الرجعة على الأصح . ولو أسلم على أكثر من أربع نسوة ، فوكل بالاختيار ، أو طلق إحدى امرأتيه ، أو أعتق أحد عبديه ، ووكل بالتعيين ، لم يصح.

قلت : لو أشار إلى واحدة وقال : وكلتك في تعيين هذه للطلاق ، أو النكاح، أو أشار إلى أربع من المسلمات ، فقال : وكلتك في تعيين النكاح فيهن ، فهو كالتوكيل في الرجعة ، فيصح على الصحيح ، قاله في « التتمة » . والله أعلم

ويجوز التوكيل في الاقالة وسائر الفسوخ ، لكن ما هو على الفور ، قد يكون التأخير بالتوكيل فيه تقصيراً . وفي التوكيل في خيار الرؤية ، خلاف سبق . ويجوز التوكيل في قبض الأموال ، مضمونة كانت أو غيرها ، وفي قبض الديون وإقباضها، ومنها : الجزية ، يجوز في قبضها وإقباضها . وفي وجه : يمتنع توكيل الذمي مسلماً فيها .

قلت : قال أصحابنا : ويجوز توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم . والله أعلم

ومنها : المعاصي ، كالقتل ، والسرقة ، والغصب ، والقذف ، فلا مدخل للتوكيل فيها ، بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها ، لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها .

فرع

في التوكيل في تملك المباحات ، كاحياء الموات ، والاحتطاب ، والاصطياد ، والاستقاء ، وجهان . أصحها : الجواز . فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل له ، لأنه أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء .

قلت : هكذا حكاهما وجهين تقليداً لبعض الخراسانيين ، وهما قولان مشهوران.

والله أعلم

ولو استأجره ليحتطب له ، أو ليستقي ، قال في « التهذيب » : هو على الوجهين. وبالمنع أجاب ابن كج . وقطع الامام بالجواز ، وقاس عليه وجه جواز التوكيل.

قلت : الأصح : قوله في « التهذيب » . وسلك الجرجاني في كتابه « التحرير » طريقة أخرى فقال : يجوز التوكيل في الاحتطاب ونحوه بأجرة ، وفى جوازه بغيرها وجهان . ولا يجوز في إحياء الموات بلا أجرة ، ويجوز بأجرة على الأصح .

والله أعلم

فرع

التوكيل بالاقرار ، صورته أن يقول : وكلتك لتُقِرَّ عني لفلان بكذا ، وفيه وجهان . أصحهما عند الأكثرين : لا يصح ، لأنه خبر ، فأشبه الشهادة . فعلى هذا ، هل يجعل مقراً بنفس التوكيل ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، قاله ابن القاص ، واختاره الامام. وأصحهما عند البغوي : لا ، كما أن التوكيل بالابراء لا يكون إبراءً .

قلت : قول ابن القاص أصح عند الأكثرين . وإذا صححنا التوكيل ، لم يلزمه شيء قبل إقرار التوكيل على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، وفي « الحاوي » و « المستظهري » وجه : أنه يلزمه بنفس التوكيل . والله أعلم

وإذا صححنا التوكيل ، فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقرّ به وقدره . فلو قال : أقر عني لفلان بشيء ، فأقر ، أخذ الوكيل (١) بتفسيره . ولو اقتصر على قوله :

(١) في مخطوطات الظاهرية : الموكل .

أقر عني لفلان ، فوجهـان . أحدهما : هو كقوله : أقر عني بشيء . وأصحهما : لا يلزمه شيء بحال ، لاحتمال أنه يريد الاقرار بعلم أو شجاعة ، لا بمال .

قلت : ولو قال : أقر عني لفلان بألف له عليّ ، فهو إقرار بلا خلاف ، صرح به الجرجاني وغيره . **والله أعلم**

فرع

للمدعي والمدعى عليه التوكيل في الخصومة ، رضي الخصم أم لم يرض ، وليس لصاحبه الامتناع من مخاصمة الوكيل ، سواء كان للموكل عذر ، أم لا ، وسواء كان المطلوب بالتوكيل في الخصومة مالاً ، أو عقوبة لآدمي ، كالقصاص وحد القذف . وأما حدود الله تعالى ، فلا يجوز التوكيل في إثباتها ، لأنها مبنية على الدرء .

فرع

يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعـالي للامام ، وللسيد في حد مملوكه ، ويجوز للوكـيل استيفاء عقوبات الآدميين بحضرة المستحق . وفي غيبته ، طرق . أشهرها على قولين . أظهرهما : الجواز . والطريق الثاني : الجواز قطعاً . والثالث: المنع قطعاً .

قلت : قال ابن الصباغ : ولا يصح التوكيل في الالتقاط قطعاً ، كما لا يجوز في الاغتنام . فان التقط ، أو غنم ، كان له دون الموكل . قال صاحب « البيان » : ينبغي أن يكون الالتقاط على الخلاف في تملك المباحات . وما قاله ابن الصباغ ، أقوى . ولو اصطرف رجلان ، فأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض ، فوكل وكيلاً

في ملازمة المجلس ، لم يصح ، وينفسخ العقد بمفارقة الموكل ، لأن التنفيذ منوط بملازمة العاقد . فلو مات العاقد ، فهل يقوم وارثه مقامه في القبض ليبقى العقد ؟ فيه وجهان حكاهما الامام والغزالي في « البسيط » بناءً على بقاء خيار المجلس.

والله أعلم

الشرط الثالث : أن يكون ما وكل فيه معلوماً من بعض الوجوه ، بحيث لا يعظم الغرر . وسواء كانت الوكالة عامة أو خاصة . أما العامة ، ففيها طريقة لامام الحرمين والغزالي ، وطريقة للأصحاب . فأما طريقتهما ، فقالا : لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، فباطلة . وإن ذكر الامور المتعلقة به مفصلة ، فقال : وكلتك في بيع أملاكي ، وتطليق زوجاتي ، وإعتاق عبيدي ، صح توكيله . ولو قال : وكلتك في كل أمر هو إلي مما يقبل التوكيل ، ولم يفصل أجناس التصرفات ، فوجهان . أصحها : البطلان . وأما طريقة سائر الأصحاب ، فقالوا : لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري ، أو في جميع حقوقي ، أو في كل قليل وكثير من أموري ، أو فوضت إليك جميع الأشياء ، أو أنت وكيلي فتصرّف في مالي كيف شئت ، لم تصح الوكالة . قالوا : ولو قال : وكلتك في بيع أموالي ، أو استيفاء ديوني ، أو استرداد ودائعي ، أو إعتاق عبيدي ، صحت ، وهذه الطريقة هي الصحيحة نقلاً ومعنى ، وقد نص [عليها] الشافعي رضي الله عنه . وأما الوكالة الخاصة ، ففيها صور .

إحداها : لو وكله في بيع جميع أمواله ، أو قضاء ديونه واستيفائها ، صح قطعاً . ولا يشترط كون أمواله معلومة على الصحيح . وكلام البغوي ، يقتضي اشتراطه . وفي فتاوى القفال : لو قال : وكلتك في استيفاء ديوني على الناس ، جاز

وإن كان لا يعرف من عليه الدين ، وأنه واحـد أو جماعة كثيرة ، وأي جنس ذلك الدين . أما إذا قال : بـع بعض مالي ، أو طائفة منه ، أو سهما ، فلا يصح ، لجهالته من الجملة . وكأن الشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً أو يسهل علمه .ولو قال : بـع ما شئت من مالي ، أو اقبض ما شئت من ديوني ، جاز ، ذكراه في « المهذب » و « التهذيب » . وفي « الحلية »ما يخالفه ، فانه قال : لو قال:بـع من رأيت من عبيدي ، لم يصح حتى يميز .

قلت : هذا المذكور عن « المهذب » هو الصحيـح المعروف. قال في « التهذيب »: ولا يجوز أن يبيـع الكل إلا أن يقبض الكل (١) .وأما قول صاحب « الحلية»، ففي « البيان » أيضـاً عن ابن الصباغ نحوه ، فانه قال : لو قال:بـع ما تراه من مالي ، لم يجز . ولو قال : ما تراه من عبيدي، جاز ، وكلاهما شاذ ضعيف. وهذا النقل عن « الحلية »،إن كان المراد به «الحلية» المروياني فغلط،فان الذي في «حلية» الروياني : لو قال : بـع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت ، جاز ، ولا يبيـع الجميـع ، لأن «من» للتبعيض . ولو وكله أن يزوجه من شاء، جاز ، ذكره القاضي أبو حامد ، وهذا لفظ الروياني في «الحلية» بحروفه.وقد صرح إمام الحرمين،والغزالي في « البسيط » بانه إذا قال : بـع من شئت من عبيدي ، لا يبيـع جميعهم ، لأن «من» للتبعيض . فلو باعهم إلا واحداً ،جاز ، قال أصحابنا : لو قال:بـع هذا العبد ، أو هذا ، لم يصح . ولو وكله ليهب من ماله ما يرى ، قال في «الحاوي» :لا يصح. وقياس ما سبق ، أنه يصح . والله أعلم

الثانية : التوكيل في الشراء .

ولا يكفي [فيه] أن يقول : اشتر لي شيئاً، أو حيواناً ، أو رقيقاً ، بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمة.والنوع ، كالتركي والهندي وغيرهما . ولا يشترط

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : ولا أن يقبض الكل .

استقصاء أوصاف السلم ، ولا ما يقرب منها بلا خلاف. فان اختلفت أصناف نوع اختلافاً ظاهراً ، قال الشيخ أبو محمد: لا بد من التعرض للصنف. وأما الثمن ، فلا يشترط بيان قدره على الأصح. وعلى الثاني: يشترط بيان قدره أو غايته، بأن يقول: من مائة إلى ألف . وحكى صاحب « التقريب » وجهاً : أنه يصح التوكيل بشراء عبد مطلقاً ، وهذا الوجه ، ضعيف جداً . وإذا طرد في قوله: اشتر شيئاً، كان أبعد .

قلت : ذكر في « البسيط » تردداً في قوله: اشتر شيئاً تفريعاً على هذا الوجه .

والله أعلم

ولو قال : اشتر لي عبداً كما تشاء، فقيل : يصح، كما لو قال في القراض : اشتر من شئت من العبيد . والصحيح الذي عليه الأكثرون : لا يصح . والفرق ، أن المقصود هناك ، الربح ، والعامل أعرف به. ولو وكله في شراء دار، يشترط ذكر المحلة والسكة . وفي الحانوت يذكر السوق ، وعلى هذا القياس .

قلت : وفي ذكر الثمن ، الوجهان . **والله أعلم**

الثالثة : التوكيل في الابراء ، يشترط فيه علم الموكل إذا قلنا بالأظهر: إنه لا يصح الابراء عن المجهول كما سبق في « كتاب الضمان ». ولا يشترط علم الوكيل على الأصح ، وبه قطع القاضي والغزالي. وفي « المهذب » و « التهذيب »: اشتراط علمه بجنسه وقدره كما لو قال : [بع] بما باع به فلان فرسه ، فانه يشترط لصحة البيع علم الوكيل دون الموكل . ولا يشترط في الابراء علم من عليه الحق على الصحيح، والخلاف فيه مبني على ما سبق أن الابراء إسقاط أو تمليك . فان قلنا : تمليك ، اشترط علمه كالمتهب ، وإلا ، فلا . ثم إن كانت صيغته: أبرىء فلاناً عن ديني، أبرأه عن جميعه . وإن قال: عن شيء منه ، أبرأه عن قليل منه . وإن قال : عما شئت، أبرأه عما شاء، وأبقى شيئاً .

قلت : قوله : أبرئه عن قليل منه ، يعني أقل ما ينطلق عليه اسم الشيء ، كذا صرح به في « التتمة » ، وهو واضح . ولو قال : أبرئه عن جميعه ، فأبرأ عن بعضه ، جاز ، بخلاف ما لو باع بعض ما أمره ببيعه . والله أعلم

الرابعة : قال: وكلتك في مخاصمة خصماي ، وأطلق ، صح على الأصح وصار وكيلاً في جميع الخصومات . وقيل: يشترط تبيين من يخاصمه، لاختلاف الغرض به.

الركن الثاني : الموكل .

تشترط فيه صحة مباشرته بملك أو ولاية ، فيخرج منه الصبي، والمجنون ، والمغمى عليه ، والنائم ، والمرأة في التزويج ، والفاسق في تزويج بنته إذا لم نجعله ولياً . وأما السكران ، فتوكيله كسائر تصرفاته ، ويدخل فيه توكيل الأب والجد في التزويج والمال . وأما الأخ والعم وغيرهما مما لا يجبر ، ففي توكيلهم في التزويج وجهان يذكران في النكاح إن شاء الله تعالى . وأما الوكيل في البيع ونحوه ، فلا يملك التوكيل إلا إذا أذن له الموكل ، أو دلت عليه قرينة . وسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى . وفي معناه ، توكيل العبد المأذون . وأما المحجور عليه بسفه ، أو فلس، أو رق ، فيجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات ، ولا يجوز فيما لايستقل به إلا بعد إذن الولي ، والمولى ، والغريم . ومن جوز التوكيل في بيع عبد سيملكه، فقياسه جواز توكيل المحجور عليه فيما سيأذن فيه الولي ، ولم يتعرض له .

قلت :[قد]يمكن الفرق ، بأن الخلل هناك[1]في عبارة المحجور عليه. والله أعلم

ويستثنى مما سبق ، بيع الأعمى، وشراؤه . فانه يصح التوكيل فيه ، وإن لم يصح من الأعمى للضرورة .

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : هنا .

قلت : قال في « الحاوي » : للأب والوصي والقيم أن يوكل في بيع مال الطفل ، إن شاء عن نفسه ، وإن شاء عن الطفل . وفي جوازه عن الطفل ، نظر . والله أعلم

الركن الثالث : الوكيل .

وشرطه صحة مباشرته ذلك الشيء لنفسه ، بأن يكون صحيح العبارة فيه ، فلا يصح توكيل الصبي والمجنون في التصرفات. وفي جواز اعتماد قول الصبي في الاذن في دخول الدار والملك عند إيصاله الهدية وجهان ، وسبقا في البيع . فان جوزناه ، فهو وكالة من الآذن والمهدي . وعلى هـذا ، لو وكل الصبي فيه غيره ، فالقياس تخريجه على الخلاف . والتفصيل في أن الوكيل ، هل يوكل ؟ فان جاز ، صار الصبي أهلاً للتوكيل ، ولا يصح كون المرأة والمُحرم وكيلين في النكاح . وفي توكيل العبد في الشراء ونحوه ، وجهان سبقا في باب مداينة العبيد . وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن سيده ، وجهان . أصحها : الجواز .

قلت : وفي توكيله فيه باذن السيد أيضاً ، وجهان في « الشامل » و « البيان » ، وقطعا بالمنع بغير إذنه ، والمختار الجواز مطلقاً . والله أعلم

وفي توكيله في الايجاب وجهان . أصحها : المنع ، لأنه لا يزوج بنته ، فبنت غيره أولى ، كذا صححه الجمهور ، وقطع به جماعة . وتوكيل المحجور عليه لسفه في طرفي النكاح ، كتوكيل العبد . والفاسق في الايجاب إذا سلبناه الولاية ، كالعبد ، وفي القبول يصح قطعاً . والمحجور عليه لفلس ، يوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة قطعاً ، وفيما يلزمها أيضاً على الأصح ، كما يصح شراؤه على الصحيح .

فرع

يصح توكيل المرأة في طلاق غيرها على الأصح ، كما يصح أن يفوض إليها طلاق نفسها . قال في « التتمة » : ولا يصح توكيلها في رجعة نفسها ، ولا رجعة غيرها ، لأن الفرج لا يستباح بقول النساء . ولا يصح توكيلها في الاختيار في النكاح إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة . وفي الاختيار للفراق وجهان ، لأنه يتضمن اختيار الأربع للنكاح .

قلت : الأصح : لا يصح . والله أعلم

فرع

توكيل المرتد في التصرفات المالية ، يبنى على بقاء ملكه وزواله . إن أبقيناه ، صح ، وإن قطعناه ، فلا ، وإن وقفناه ، فكذا التوكيل . ولو وكل ، ثم ارتد ، ففي انقطاع التوكيل ، الأقوال الثلاثة . ولو وكل رجل مرتداً ، أو ارتد الوكيل ، لم يقدح في الوكالة ، لأن الخلاف في تصرفه لنفسه ، لا لغيره ، كذا نقل الأصحاب عن ابن سريج . وفي « التتمة » : أنه مبني على أنه يصير محجوراً عليه ، إن قلنا : نعم ، انعزل ، وإلا ، فلا .

قلت : ولو وكل المسلم كافراً ليقبل له نكاح مسلمة ، لا يصح . ولو وكله في قبول كتابية ، صح . وإن وكله في طلاق مسلمة ، فوجهان ، لأنه لا يملك طلاق مسلمة ، لكن يملك طلاقاً في الجملة . وللمكاتب أن يوكل غيره في البيع والشراء وسائر التصرفات التي تصح منه ، ولا يملك التوكيل في التبرع بغير إذن سيده . وبإذنه قولان ، بناءً على صحته بإذنه . ولو وكل رجل مكاتباً بجعل يفي بأجرته ، جاز . وبغير جعل ، له حكم تبرعه . والله أعلم

الركن الرابع : الصيغة . فيه مسائل .

الأولى : لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضى ، كقوله : وكلتك في كذا ، أو فوضته إليك ، أو أنبتك فيه ، وما أشبهه . ومثله : بع أو أعتق ونحوهما. وأما القبول ، فيطلق بمعنيين .أحدهما: الرضى والرغبة فيما فوض إليه ، ونقيضه الرد .والثاني: اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات . ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول . حتى لو رد فقال : لا أقبل ، أو لاأفعل ، بطلت الوكالة . فلو رد ثم ندم ، وأراد أن يفعل، لم يجز ، بل لا بد من إذن جديد،لأن الوكالة جائزة ،ترتفع في الدوام بالفسخ ، فارتدادها بالرد في الابتداء أولى . وأما المعنى الثاني وهو القبول لفظاً ، ففيه أوجه . أصحها : لا يشترط . والثاني : يشترط . والثالث : إن أتى بصيغة عقد ، كـ : وكلتك ، وفوضت إليك ، اشترط . وإن أتى بصيغة أمر ، نحو: بع ، واشتر ، لم يشترط . فان شرطنا القبول لفظاً، فهل يشترط على الفور كالبيع، أم في المجلس وإن طال؟ أم يجوز أبداً وإن فارق المجلس ، كالوصية ؟ فيه أوجه ، الصحيح : الثالث . وأما القبول بالمعنى الأول ، فلا يشترط فيه التعجيل بحال بلا خلاف . وإذا لم نشرط القبول ، فوكله ، والوكيل لا يعلم ، ثبتت وكالته على الأصح. فعلى هذا لو تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة ، ثم بان وكيلاً ، ففي صحة تصرفه الخلاف السابق فيمن باع مال أبيه يظنه حياً ، فبان ميتاً . وإن لم نثبت الوكالة ، فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر ؟ وجهان .

فرع

حيث لانشترط القبول ، تكفي الكتابة والرسالة ، ونجعله مأذوناً في التصرف . وحيث شرطنا ، فحكمه كما لو كتب بالبيع ، وقطع الروياني في الوكالة بالجواز .

قلت : قطع الماوردي أيضاً ، وكثيرون بالجواز وهو الصواب . والله أعلم

فرع

إذا شرطنا القبول ، فقال : وكلني في كذا ، فقال : وكلتك ، فهل يكفي ، أم لا بد من قبول بعده؟ فيه الخلاف السابق في البيع ونحوه . ثم قيل: الوكالة أحوج إلى الاشتراط ، لأنها ضعيفة ، ولو قيل: عكسه ، لأن الوكالة يحتمل فيها مالا يحتمل في البيع ، لكان أقرب .

المسألة الثانية : إذا علق الوكالة بشرط ، فقال : إذا قدم زيد ، أو جاء رأس الشهر ، فقد وكلتك في كذا ، أو أنت وكيلي ، لم يصح على الأصح . فلو نجّز الوكالة وشرط للتصرف شرطا ، بأن قال : وكلتك الآن في بيع هذا العبد ، ولكن لا تبعه حتى يجيء رأس الشهر ، صح التوكيل بلا خلاف ، ولا يبيعه إلا إذا حصل الشرط . وإذا أفسدنا الوكالة بالتعليق ، فتصرّف الوكيل بعد حصول الشرط ، صح تصرفه على الأصح ، لحصول الاذن . وإن كان العقد فاسداً كما لو شرط الوكيل جعلا مجهولاً ، بأن قال : بع كذا ولك عشر ثمنه ، تفسد الوكالة ، ويصح البيع . فعلى هذا ، فائدة فساد الوكالة سقوط الجعل المسمى إن كان ، والرجوع إلى أجرة المثل ، كما أن الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق ، ويوجب مهر المثل ، ولا يؤثر في صحة النكاح .

فرع

لو قال: وكلتك ، ومتى عزلتك فأنت وكيلي ، ففي صحة الوكالة في الحال ،

وجهان . أصحها : الصحة . فاذا قلنا بالصحة ، أو كان قوله : متى عزلتك ، مفصولاً عن الوكالة ، فعزله ، نظر ، إن لم يعلم به الوكيل ، واعتبرنا علمه في نفوذ العزل ، فهو على وكالته . وإن لم نعتبره ، أو كان عالماً به ، ففي عوده وكيلاً بعد العزل وجهان بناءً على تعليق الوكالة ، لأنه علّق الوكالة ثانياً على العزل ، أصحها : المنع . فان قلنا: يعود ، نظر في اللفظ الموصول بالعزل . فان كان قال : إذا عزلتك ، أو مهما ، أو متى ، لم يقتض ذلك عود الوكالة إلا مرة واحدة . وإن قال : كلما عزلتك ، اقتضى العود مرة بعد مرة أبداً ، لأن « كلما »للتكرار . فان أراد أن لا يعود وكيلاً ، فطريقه أن يوكل غيره في عزله ، فينعزل ، لأن المعلّق عليه عزْل نفسه . فان كان قال : كلما عزلتك ، أو عزلك أحد عني ، فطريقه أن يقول : كلما عدت وكيلاً ، فأنت معزول . فاذا عزله ، ينعزل لتقاوم التوكيل والعزل ، واعتضاد العزل بالأصل، وهو الحجر في حق الغير . والخلاف في قبول الوكالة التعليقَ ، جارٍ في أن العزل هل يقبله، ولكن بالترتيب ؟ والعزل أولى بقبوله ، لأنه لا يشترط فيه قبول قطعاً . وتصحيح إدارة الوكالة والعزل جميعاً ، مبني على قبولهما التعليق . قال الامام : وإذا نفذنا العزل ، وقلنا : تعود الوكالة ، فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وإن لطف، ثم ترتب عليه الوكالة . فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف ، ففي نفوذ تصرفه وجهان .

المسألة الثالثة : تصح الوكالة الموقتة ، كقولك : وكلتك إلى شهر رمضان .

الباب الثاني

في أحكام الوكالة الصحيحة

وهي أربعة .

الأول : صحة تصرف الوكيل إذا وافق ، والموافقة والمخالفة تعرفان بالنظر

إلى اللفظ تارة ، وبالقرائن أخرى . فان القرينة قد تقوى ، فيترك لها إطلاق اللفظ. ولهذا لو أمره في الصيف بشراء الجمد ، لايشتريه في الشتاء . وقد يتعادل اللفظ والقرينة ، ويحصل من تعادلهما خلاف في المسألة . وهذا القول الجلي ، نوضحه بصور تعرف بها أخواتها .

إحداها : وكله في بيع شيء وأطلق ، لا يصح بيعه بغير نقد البلد ، ولا بثمن مؤجل ، ولا بغبن فاحش على المشهور . وفي قول : يصح كل ذلك موقوفاً على إجازة الموكل ، وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي ، والصواب :الأول، وعليه التفريع . فلو كان في البلد نقدان ، لزمه البيع بأغلبهما . فان استويا في المعاملة ، باع بأنفعهما للموكل . فان استويا ، تخير فيهما على الصحيح . وفي وجه: لا يصح التوكيل حتى يبين . ثم إذا باع الوكيل على أحد الأوصاف الممنوعة ، لم يصر ضامناً للمبيع ما لم يسلمه إلى المشتري . فاذا سلم ، ضمن . ثم القول فيه إذا كان المبيع باقياً ، أو تالفاً . وفي كيفية تغريم الموكل الوكيلَ والمشتري على ما بيناه فيما إذا باع العدل الرهنَ بغبن فاحش أو بغير نقد البلد ، أو بنسيئة . فأما بيع الوكيل بغبن يسير ، فجائز . واليسير هو الذي يتغابن الناس به ويحتملونه غالباً . وبيع ما يساوي عشرة بتسعة ، متحمل . وبثمانية غير متحمل [١] قال الروياني : ويختلف القدر المتحمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والعبيد والعقار وغيرها .

فرع

لا يجوز للوكيل أن يقتصر على البيع بثمن المثل وهناك طالب بزيادة. فلو باع

(١) في مخطوطة الظاهرية : بتسعة محتمل وبثمانية غير محتمل .

بثمن المثل ، ثم حضر المجلسَ طالبٌ بزيادة ،فالحكم على ما سبق في عدل الرهن .

فرع

لو قال الموكل:بعه بكم شئت ، فله البيع بالغبن الفاحش ، ولا يجوز بالنسيئة، ولا بغير نقد البلد . ولو قال :بما شئت ، فله البيع بغير النقد ،ولا يجوز بالغبن ، ولا بالنسيئة . ولو قال : كيف شئت ، فله البيع بالنسيئة . ولا يجوز بالغبن،ولا بغير نقد البلد ، وعن القاضي حسين ، جواز الجميع . ولو قال : بعه بما عزّ وهان، قال في « التتمة » : هو كقوله : بكم شئت . وقال العبادي : له البيع بالعرض والغبن، ولا يجوز بالنسيئة ، وهو الأولى .

فرع

الوكيل بالبيع مطلقاً ، هل يجوز بيعه لأبيه وابنه وسائر أصوله وفروعه ؟وجهان. أصحها : الجواز ، كما لو باع صديقه ، وكالعم يزوج موليته لابنه البالغ إذا أطلقت الاذن ، وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج ، فانه يصح قطعاً . ويجري الوجهان في البيع للزوج والزوجة إذا قلنا : لا تقبل شهادته له ، أو فيما لو باع لمكاتبه ، والوجهان في الفروع المستقلين . أما ابنه الصغير، فلا يصح البيع له مطلقاً (١). وكذا لا يبيع من نفسه على الصحيح المعروف .وعن الاصطخري، جوازه.فعلى الصحيح :لو صرح في الاذن في بيعه لنفسه ، فوجهان . قال ابن سريج : يصح . وقال الأكثرون : لا يصح . ولو أذن في بيعه لابنه الصغير،قال في « التتمة »: هو على هذا الخلاف.

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : قطعاً .

وقال البغوي : وجب أن يجوز .ويجري الوجهان ، فيما لو وكله في الهبة لنفسه،أو تزويج بنته لنفسه . وفي تولي ابن العم طرفي النكاح ، أن يتزوج بنت عمه بإذنها وهو وليها ، والنكاح أولى بالمنع. وفيما لو وكل مستحق الدين المدينَ باستيفائه من نفسه ، أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه في النفس أو الطرف، أو وكل الامام السارقَ في قطع يده ، أو وكل الزاني ليجلد نفسه . والصحيح : المنع في كل ذلك ، وطردوهما في الوكيل في الخصومة من الجانبين ، والأصح: المنع . فعلى هذا يتخير ويخاصم لأيهما شاء . ولو توكل في طرفي النكاح أو البيع، فعلى الوجهين . وقيل بالمنع قطعاً . ولو وكل من عليه الدين في إبراء نفسه ، فقيل على الوجهين . وقيل : يجوز قطعاً،وهو بناء على اشتراط القبول في الابراء. فان اشترطناه ، جرى الوجهان ،وإلا فيجوز قطعاً، كما لو وكل من عليه القصاص في العفو ، والعبد في إعتاق نفسه . والوكيل في الشراء كالوكيل في البيع في أنه لا يشتري من نفسه ، ولا مال ابنه الصغير . وفي ابنه الكبير ، الوجهان في سائر الصور .

قلت : وإذا وكل الابن الكبير أباه في بيع ، لم يجز أن يبيع لنفسه على الأصح .وحكى في « الحاوي » وجهاً:أنه يجوز تغليباً للأبوة، كما لو كان في حجره. والله أعلم

فرع

إذا أذن في البيع مؤجلاً ، نظر . إن قدَّر الأجل ، صح التوكيل . وإن أطلق ، فوجهان . أحدهما : لا يصح،لاختلاف الغرض . وأصحهما : يصح . وفيما يحمل عليه ، أوجه .أصحها: أنه ينظر إلى المتعارف في مثله . فان لم يكن فيه عرف ، راعى الأنفع . والثاني . له التأجيل إلى ما شاء . والثالث : إلى سنة .

الصورة الثانية : في قبض الثمن ، وإقباض المبيع. فاذا وكله بالبيع مطلقاً ، فهل يملك الوكيل قبض الثمن ؟ وجهان.أحدهما : لا،لأنه لم يأذن فيه ،وقد يرضاه للبيع ، ولا يرضاه لقبض الثمن . وأصحهما :نعم،لأنه من توابع البيع ومقتضياته. وهل يملك تسليم المبيع إذا كان معه ؟أشار كثيرون إلى الجزم بجوازه.وقال الشيخ أبو علي :هو على الوجهين في قبض الثمن . ولو صرح بها ، لم يملك التسليم مالم يقبض الثمن ، وعلى هذا جرى صاحب « التهذيب » وغيره .

قلت : الأصح : جواز تسليمه ، ولكن بعد قبض الثمن . فهذا هو الراجح في الدليل ، وفي النقل أيضاً ، وقد صححه الرافعي في « المحرر » . والله أعلم

والوكيل في الصرف ، يملك القبض والاقباض بلا خلاف ،لأنه شرط في صحة العقد ، وكذلك في السلم يدفع وكيل المسلم رأس المال ، ويقبضه وكيل المسلَم إليه قطعاً .

فرع

إذا باع الوكيل بمؤجل حيث يجوز ، سلّم المبيع على المذهب ، إذ لا حبس بالمؤجل، ويجيء وجه مما ذكره أبو علي : أنه لا يسلم ، إذْ لم يفوَّض إليه . ثم إذا حل الأجل ، لا يملك الوكيل قبض الثمن إلا باذن مستأنف . وإذا باع بحالّ ، وجوزنا قبض الثمن ، لم يسلم المبيع حتى يقبضه كما لو أذن فيها صريحاً ، وله مطالبة المشتري بتسليم الثمن . وإذا لم نجوز له القبض ، فلا تجوز له المطالبة ، وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال . ولو منعه من قبض الثمن ، لم يجز قبضه قطعاً . ولو منعه

من تسليم المبيـع ، فكذلك عند الشيخ أبي علي . وقال آخرون : هذا الشرط فاسد ، فان التسليم مستحق بالعقد . وفي فساد الوكالة به وجهان . أحدهما : تفسد، ويسقط الجعل المسمى ، فيرجع بأجرة المثل . والصواب أن يقال : المسألة مبنية على أن في صورة الاطلاق ، هل للوكيل التسليم ، أم لا ؟ إن قلنا : لا ، فعند المنع أولى، وإن قلنا : نعم ، فذلك من توابـع العقد وتمامه ، لا لأن تسليمه مستحق بالعقد، فان المستحق هو التسليم ، لا تسليمه بعينه ، والممنوع منه تسليمه . فلو قال : امنع المبيـع منه ، فهذا شرط فاسد ، لأن منع الحق عمن يستحق ، وإثبـات يده عليه، حرام . وفَرْقٌ بين قوله : لا تسلّمه إليه ، وقوله : أمسكه أو امنعه [1] .

فرع

الوكيل بالشراء ، إن لم يسلم الموكلُ إليه الثمنَ ، واشترى في الذمـة ، فسيأتي الكلام ـ في أن المطالبة بالثمن ، على من تتوجه ؟ ـ في الحـكم [من الباب] الثاني إن شاء الله تعالى .وإن سلمه إليه واشترى بعينه،أو في الذمة ، فهل يملك تسليم الثمن وقبض المبيع بمجرد الاذن في الشراء ؟ قال في « التتمة » و « التهذيب » : فيه الخلاف السابق في وكيل البائع ، وجزم الغزالي بالجواز ، فان العرف يقتضيه .

قلت : الصحيح : القطع بالجواز، وهو الذي جزم به صاحب « الحاوي » والأكثرون. وقال صاحب«الشامل »:يسلم الثمن قطعاً،ويقبض المبيـع على الأصح،ففرق بينهما. والله أعلم

فرع

إذا سلم المشتري الثمن إلى الموكل أو الوكيل حيث يجوز قبضه ، لزم الوكيل

(١) في نسخة الظاهرية : وامنعه .

تسليم المبيع وإن لم يأذن الموكّل فيه ، لأن الثمن إذا قبض صار دفع المبيع مستحقاً ، وللمشتري الانفراد بأخذه . فان أخذه المشتري ، فذاك ، وإن سلمه الوكيل ، فالأمر محمول على أخذ المشتري ، فلا حكم للتسليم .

فرع

ذكرنا أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن . فلو فعل ، غرم للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء ، أو كان الثمن أكثر . فان كانت القيمة أكثر، بأن باعه بغبن محتمل ، فهل يغرم جميع القيمة ، أم يحط قدر الغبن ؟ وجهان. أصحها : أولهما . فان باعه بغبن فاحش باذن الموكل ، فقياس الوجه الثاني : أن لا يغرم إلا قدر الثمن ، ثم إذا قبض الوكيل الثمن بعدما غرم ، دفعه إلى الموكل، واسترد المغروم .

فرع

الوكيل باستيفاء الحق ، هل يثبته ، أو باثباته ، هل يستوفيه عيناً كان أو ديناً؟ فيه أوجه . أصحها : لا . والثاني : نعم . والثالث : يثبت ولا يستوفي . فلو كان الحق قصاصاً أو حداً ، لم يستوفه على المذهب . وقال ابن خيران : على الوجهين .

الصورة الثالثة : في شرائه المعيب . فللوكيل بالشراء حالان .

أحدهما : أن يوكل في شراء موصوف ، فلا يشتري إلا سليماً ، فان اشترى معيباً، نظر ، إن كان مع العيب يساوي ما اشتراه به ، فان جهل العيب ، وقع عن الموكل، وإن علمه ، فأوجه . أصحها : لا يقع عنه ، لأن الاطلاق يقتضي سليماً . والثاني : يقع . والثالث : إن كان عبداً يجزىء في الكفارة ، وقع عنه ، وإلا ، فلا، إلا أن

يكون كافراً ، فانه يجوز للوكيل شراؤه . وإن لم يساوِ ما اشتراه [به] ، فان علم ، لم يقع عن الموكل ، وإن جهل ، وقع عنه على الأصح عند الأكثرين ، كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً . وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل ، فان كان جاهلاً ، فللموكل الرد قطعاً ، وكذا للوكيل على الصحيح . وعن ابن سريج : أنه لا يتفرد بالرد . وإن كان الوكيل عالماً ، فلا رد له ، وللموكل الرد على الأصح . فعلى هذا ، هل ينتقل الملك إلى الوكيل ، أم ينفسخ العقد من أصله ؟ وجهان . فمن قال بالانتقال ، كأنه يقول : ينعقد موقوفاً حتى يتبين الحال ، وإلا ، فيستحيل ارتداد الملك من الموكل إلى الوكيل ، قاله الامام . وهذا الخلاف ، تفريع على وقوعه للموكل مع علم الوكيل ، وهو خلاف ظاهر المذهب .

الحال الثاني : ن يكون وكيلاً في شراء معين . فان لم ينفرد الوكيل في الحال الأول بالرد ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان . الأصح المنصوص : الجواز ، لأن الظاهر أنه يريده بشرط السلامة . ولم يذكروا في هذا الحال ، متى يقع عن الموكل ، ومتى لا يقع ؟ والقياس : أنه كما سبق في الحال الأول . لكن لو كان المبيع معيباً يساوي ما اشتراه به وهو عالم ، فايقاعه عن الموكل هنا أولى ، لجواز تعلق الغرض بعينه . وكل ما ذكرناه في الحالين ، فيما إذا اشترى في الذمة . أما إذا اشترى بعين مال الموكل ، فحيث قلنا هناك : لا يقع عن الموكل ، لا يصح هنا أصلاً . وحيث قلنا : يقع ، فكذا هنا ، وليس للوكيل الرد على الأصح . ومتى ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمة ، فاطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده ، ورضيه ، سقط خيار الوكيل ، ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره . وإذا أخر الوكيل الرد ، أو صرح بالزام العقد ، فهل له العود إلى الرد ، لأن أصل الحق باقٍ وهو نائب ، أم لا ، لأنه بالتأخير كالعازل نفسه عن الرد ؟ وجهان . أصحها : الثاني . فاذا قلنا به ، وأثبتنا له العود ولم يعد ، فاطلع الموكل عليه ، وأراد الرد ، فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء ، أو نواه وصدّقه

البائع ، وإلا ، فوجهان . أحدهما :يرده على الوكيل،ويلزمه المبيع ، لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل،فانصرف إليه. وبهذا قطعا في « التهذيب » و « التتمة ». والثاني وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه : أن المبيع للموكل ، وقد فات الرد لتفريط الوكيل . ويضمن الوكيل ، وفيما يضمنه وجهان . قال أبو يحيى البلخي : يضمن قدر نقص قيمته من الثمن .فلو كانت القيمة تسعين ، والثمن مائة ، رجع بعشرة . فان تساويا ، فلا رجوع. وقال الأكثرون : يرجع بارش العيب من الثمن. **قلت** : المذكور عن « التهذيب »و« التتمة » أصح ،وقد نقله صاحب « المهذب» عن نص الشافعي رضي الله عنه. والله أعلم

فرع

لو أراد الوكيل الرد بالعيب ، فقال البائع :أخر حتى يحضر الموكل ،لم يلزمه إجابته . وإذا رد،فحضر الموكل ورضيه ، احتاج إلى استئناف الشراء . ولو أخر كما التمس البائع ، فحضر الموكل ولم يرضه ، قال البغوي : المبيع الوكيل ، ولا رد ،لتأخيره مع الامكان . وقيل: له الرد، لأنه لم يرض بالعيب . ولقائل أن يقول للبغوي :أنت وسائر الأصحاب متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالعيب،ثم حضر الموكل وأراد الرد ، فله ذلك إن كان الوكيل سماه أو نواه ، وهنا الوكيل والموكل والبائع متصادقون على أن الشراء وقع للموكل ، ومن ضرورة ذلك أن يكون سماه أو نواه ، فوجب أن يقال : المبيع للموكل ، وله الرد .

فرع

إذا أراد الوكيل الرد ، فقال البائع :قد عرفه الموكل ورضيه ،ولا رد لك،

نظر ، إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه ، لم يلتفت إلى قوله ، وإن احتمل ، وأنكر الوكيل ، حلف على نفي العلم برضى الموكل . وفي وجه ضعيف : لا يحلف . فان عرضنا اليمين على الوكيل ، فحلف ، رده . فان حضر الموكل ، فصدق البائع ، فعن ابن سريج : أن له استرداد المبيع من البائع ، لموافقته إياه على الرضى قبل الرد . وعن القاضي حسين : لا يسترد ، وينفذ فسخ الوكيل .

قلت : المنقول عن ابن سريج أصح ، وبه قطع صاحبا « الشامل » و « البيان » . والله أعلم .

وإذا نكل الوكيل ، حلف البائع ، وسقط رد الوكيل . ثم إذا حضر الموكل ، وصدق البائع ، فذاك . وإن كذبه ، قال في « التهذيب » : يلزم العقد الوكيل ، ولا رد له ، لابطال الحق بالنكول . وفيه الاشكال السابق في الفرع قبله .

فرع

الوكيل بالبيع إذا باع ، فوجد المشتري بالمبيع عيباً ، رده عليه إن لم يعلمه وكيلاً ، وإن علمه ، فان شاء رده عليه ، ثم هو يرد على الموكل ، وإن شاء رد على الموكل . وهل للوكيل حط بعض الثمن للعيب ؟ فيه قولان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحهما : عدم الحط . والله أعلم

ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري ، وصدق الوكيل المشتري ، رد على الوكيل ، ولم يرد الوكيل على الموكل .

فرع

سيأتي في كتاب القراض إن شاء الله تعالى : أن الوكيل بالشراء ، هل يشتري من يعتق على الموكل ؟ فان قلنا : يشتريه ، فكان معيباً ، فللوكيل رده ، لأنه لا يعتق على الموكل قبل رضاه بالعيب ، ذكره في « التهذيب » .

الصورة الرابعة : في توكيل الوكيل ، فان سكت الموكل عنه ، نظر ، إن كان أمراً يتأتى له الاتيان به ، لم يجز أن يوكل فيه . وإن لم يتأت منه ، لكونه لا يحسنه ، أو لا يليق بمنصبه ، فله التوكيل على الصحيح ، لأن المقصود من مثله الاستنابة . وفي وجه : لا يوكل ، لقصور اللفظ / ولو كثرت التصرفات الموكل فيها ، ولم يمكنه الاتيان بجميعها، لكثرتها ، فالمذهب: أنه يوكل فيما يزيد على الممكن، ولا يوكل في الممكن . وفي وجه : يوكل في الجميع . وقيل : لا يوكل في الممكن. وفي الباقي وجهان . وقيل : في الجميع وجهان . وإن أذن له في التوكيل ، فله أحوال .

الأول : إذا قال : وكل عن نفسك ، ففعل ، انعزل الثاني بعزل الأول إياه ، وبموته وجنونه على الصحيح في الجميع ، لأنه نائبه . ولو عزل الموكل الأول ، انعزل . وفي انعزال الثاني بانعزاله هذا الخلاف . ولو عزل الموكل الثاني ، انعزل على الأصح ، كما ينعزل بموته وجنونه . والثاني : لا ، لأنه ليس وكيلاً من جهته . والذي يجمع هذه الاختلافات ، أن الوكيل الثاني ، هل هو وكيل الوكيل الأول كما لو صرح به ، أم وكيل الموكل ، ويكون تقديره: أقم غيرك مقام نفسك ؟ والأصح : أنه وكيل الوكيل الأول .

الحال الثاني : أن يقول : وكل عني ، فالثاني وكيل الموكل ، وله عزل أيهما شاء ، وليس لأحدهما عزل الآخر ، ولا ينعزل أحدهما بانعزال الآخر .

الحال الثالث : إذا قال : وكلتك في كذا ، وأذنت لك أن توكل فيه ، ولم يقل :عنك،ولا عني ، فهذا كالصورة الأولى ،أم كالثانية ؟ وجهان.أصحها : الثاني. وإذا جوزنا له أن يوكل في صورة سكوت الموكل ، فينبغي أن يوكل عن موكله. فلو وكل عن نفسه ، فوجهان .

قلت : أصحها :لا يجوز. والله أعلم

فرع

حيث ملك الوكيل أن يوكل ،فشرطه أن يوكل أميناً،إلا أن يعين له غيره.ولو وكل أميناً ، ثم فسق ، هل له عزله ؟ وجهان .

قلت : أقيسها : المنع . والله أعلم

فرع

لو وكله في تصرف ، وقال : افعل فيه ما شئت ، لم يكن ذلك إذناً في التوكيل على الأصح .

قلت : لو قال: كل ما تصنعه ، فهو جائز، فهو كقوله: افعل ما شئت. والله أعلم

الصورة الخامسة : في امتثال تقييد الموكل . والصور المذكورة من أول الباب إلى هنا ، مفروضة في التوكيل المطلق ، ومن هنا إلى آخره في التوكيل المقرون بتقييد . وحاصله : أنه يجب مراعاة تقييد الموكل ،ورعاية المفهوم منه بحسب العرف، وفيه مسائل .

إحداها : إذا عين الموكل شخصاً، بأن قال: بع لزيد . أو [عيَّن] وقتا ، بأن قال : بع يوم الجمعة ، لم يجز أن يبيع لغير زيد ، ولا قبل الجمعة ، ولا بعده .

قلت : هكذا قال الأصحاب في البيع قبل الجمعة وبعده : إنه لا يصح . قالوا : وكذا حكم العتق ، لا يجوز قبل الجمعة ولا بعده . وأما الطلاق ، فنقل صاحبا « الشامل » و « البيان » عن الداركي ، أنه قال : إن طلقها قبل الجمعة ، لا يقع ، وإن طلقها بعده يقع ، لأنها إذا كانت مطلقة يوم الجمعة ، كانت مطلقة يوم السبت، بخلاف الخميس . ولم أر هذا لغيره ، وفيه نظر . والله أعلم

لو عين مكاناً من سوق ونحوها ، نظر ، إن كان له في ذلك المكان غرض ظاهر ، بأن كان الراغبون فيه أكثر ، أو النقد فيه أجود ، لم يجز البيع في غيره . وإلا ، فوجهان . أحدهما : يجوز ، وبه قال القاضي أبو حامد ، وقطع به الغزالي. وأصحها عند ابن القطان والبغوي : المنع .

قلت : قطع بالجواز أيضاً صاحبا « التنبيه » و « التتمة » وغيرهما ، لكن الأصح على الجملة : المنع ، وهو الذي صححه الماوردي، والرافعي في « المحرر » .

قلت : هذا إذا لم يقدّر الثمن . فان قال: بع في سوق كذا بمائة ، فباع بمائة في غيرها ، جاز ، صرح به صاحبا « الشامل » و« التتمة » وغيرهما. والله أعلم

ولو نهاه صريحاً عن البيع في غيره ، امتنع قطعاً . ولو قال : بع في بلد كذا ، قال ابن كج : هو كقوله : بع في سوق كذا، حتى لو باع في بلد آخر، جاء فيه التفصيل المذكور ، وهذا صحيح، لكنه يصير ضامناً بالنقل من ذلك البلد، ويكون الثمن مضموناً في يده . بل لو أطلق التوكيل في البيع في بلد ، فليبع فيه . فان نقل ، ضمن .

المسألة الثانية : قال : بع بمائة درهم ، لم يبع بدونها ، وله البيع بأكثر. والمقصود بالتقدير : أن لا ينقص فيها من العرف . وفي وجه شاذ حكاه العبادي : لا يجوز البيع بأكثر من مائة . والصحيح المعروف : الأول . ولو نهاه عن الزيادة صريحاً ، لم يزد قطعاً .

قلت : حكي في « النهاية » و « البسيط » عن صاحب « التقريب » أنه لو قال: بع بمائة ولا تزد ، فزاد ، أو اشتر هذا العبد بمائة ولا تنقص ، فنقص ، ففي صحته وجهان . قالا : والوجه أن يقال : إن أتى بما هو نص في المنع ، لم ينفذ ، لمخالفته ، وإن احتمل أنه يريد : لا تتعب نفسك في طلب الزيادة والنقص ، اتجه التنفيذ . والله أعلم

وهل له البيع بمائة وهناك راغب بزيادة على المائة ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحها : المنع ، لأنه مأمور بالاحتياط والغبطة . والله أعلم

قال الأصحاب : ولو كان المشتري معيناً ، فان قال : بعه لزيد بمائة ، لم يجز أن يبيع بأكثر منها قطعاً ، لأنه ربما قصد إرفاقه .

فرع

لو قال : بع ثوبي ، ولا تبعه بأكثر من مائة ، لم يبعه بأكثر من مائة ، ويبيع بها وبما دونها ما لم ينقص عن ثمن المثل . ولو قال : بعه بمائة ، ولا تبعه بمائة وخمسين، فليس له بيعه بمائة وخمسين ، ويجوز بما دون ذلك ما لم ينقص عن مائة ، ولا يجوز بما زاد على مائة وخمسين على الأصح .

فرع

الشراء كالبيع فيما سبق . فاذا قال : اشتر بمائة ، فله الشراء بأقل ، إلا أن ينهاه، ولا يشتري بما فوقها . ولو قال : اشتر بمائة ، ولا تشتر بخمسين ، فله الشراء بالمائة وبما بينها [١] وبين خمسين ، ولا يجوز بخمسين . وفيما دونها ، الوجهان .

قلت : قال أصحابنا : لو قال : اشتر عبد فلان بمائة ، فاشتراه بأقل منها ، صح ، وهذا يخالف ما سبق في قوله : بعه لزيد بمائة . قال صاحب « الحاوي » : والفرق أنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المائة ، فلا يجوز قبض ما نهي عنه . وفي الشراء ، مأمور بدفع مائة ، ودفع الوكيل بعض المأمور به جائز . والله أعلم

المسألة الثالثة : لو قال : بعه إلى أجل ، وبيّن قدره، أو قلنا : لا حاجة إلى بيانه ، وحملناه على المعتاد ، فخالف وباع حالاً ، نظر ، إن باعه بقيمته حالاً ، لم يصح، لأنه أقل مما أمره به . وإن باعه حالاً بقيمته إلى ذلك الأجل ، نظر ، إن كان في وقت لا يؤمن النهب والسرقة ، أو كان لحفظه مؤنة في الحال ، لم يصح أيضاً. وإن لم يكن شيء من ذلك، صح على الأصح . ولا فرق فيما ذكرنا بين ثمن المثل عند الاطلاق ، وبين ما قدره من الثمن، بأن قال : بع بمائة نسيئة ، فباع بمائة نقداً . ولو قال : بع بكذا إلى شهرين، فباع به إلى شهر ، ففيه الوجهان. ولو قال: اشتر حالاً ، فاشتراه مؤجلاً بقيمته مؤجلاً، لم يصح للموكل ، لأنه أكثر ، وإن اشتراه بقيمته حالاً ، فوجهان كما في طرف البيع . قال صاحب « التتمة »: هذا إذا قلنا : إن مستحق الدين المؤجّل إذا عجل حقه ، يلزمه القبول . وأما إذا قلنا : لايلزمه ، فلا يصح الشراء هنا للموكل بحال . وذكر هو وغيره تخريجاً

---

(١) في الأصل : وما بينها ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

على المسألة التي نحن فيها : أن الوكيل بالشراء مطلقاً ، لو اشترى نسيئة بثمن مثله نقداً ، جاز ، لأنه زاد خيراً ،وللموكل تفريغ ذمته بالتعجيل .

قلت : هذا المنقول أولاً عن « التتمة » قد عكسه صاحب « الشامل » فقال: هذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله ، وحيث يجبر ، يصح الشراء قطعاً . وهذا الذي قاله ، أصح وأفقه وأقرب إلى تعليل الأصحاب .

والله أعلم

فرع

لو دفع [إليه] ديناراً ،وقال : اشتر به شاة، ووصفها ، فاشترى به شاتين بتلك الصفة ، نظر ، إن لم تساوِ واحدة منهما ديناراً ، لم يصح الشراء للموكل وإن زادت قيمتها جميعاً على الدينار ،لفوات ما وكل فيه.وإن ساوت كل واحدة ديناراً، فقولان . أظهرهما : صحة الشراء،وحصول الملك فيهما للموكل ، لأنه حصل غرضه وزاد خيراً . والثاني : لا تقع الشاتان للموكل ، لأنه لم يأذن فيهما ، بل ينظر ، إن اشتراهما في الذمة ،فللموكل واحدة بنصف دينار ،والأخرى الوكيل ،ويرد على الموكل نصف دينار . وللموكل أن ينتزع الثانية منه ، ويقرر العقد فيها ،لأنه عقد العقد له . وفي قول شاذ : لا يصح الشراء للموكل في واحدة منهما ، بل يقعان للوكيل. وإن اشتراهما بعين الدينار ، فقد اشترى شاة باذنه ، وشاة بلا إذنه ، فيبنى على وقف العقود . فان قلنا : لا توقف على الاجازة ، بطل العقد في شاة . وفي الاخرى قولا [تفريق] الصفقة . وإن قلنا : توقف ، فان شاء الموكل أخذهما بالدينار ، وإن شاء اقتصر على واحدة ورد الأخرى على البائع . وهذا القول مشكل ، لأن تعين الشاة للموكل أولا بطال العقد فيها ، ليس بأولى من تعين الأخرى ، والتخيير

يشبه بيع شاة من شاتين ، وهو باطل . فاذا صححنا الشراء فيهما للموكل ، فباع الوكيل إحداهما بغير إذن الموكل ، ففي صحة بيعه ، قولان . وعلى هـذا يخرَّج ما إذا اشترى شاة بدينار ، وباعها بدينارين . وقيل : هذا الخلاف ، هو القولان في بيع الفضولي ، فعلى الجديد : يلغو ، وعلى القديم : ينعقد موقوفاً على إجازة الموكل.

قلت : الأظهر : أنه لا يصح بيعه . قال أصحابنا : ولو اشترى به شاتين، تساوي إحداهما ديناراً ، والأخرى بعض دينار ، فطريقان . الأصح منهما عند القاضي أبي الطيب والأصحاب : صحة البيع فيهما جميعاً ، ويكون كما لو ساوت كل واحدة ديناراً على ما سبق . فعلى الأظهر : يلزم البيع فيهما جميعاً للموكل ، وبه قطع المحاملي وغيره . والطريق الثاني : لا يصح في حق الموكل واحدة منهما . فعلى الأظهر: لو باع الوكيل التي تساوي ديناراً ، لم يصح قطعاً ، وإن باع الأخرى ، فعلى الخلاف. وإن قلنا : للوكيل إحداهما ، كان له التي لا تساوي ديناراً بحصتها ، وللموكل انتزاعها كما سبق . والله أعلم

فرع

قال : بع عبدي بمائة درهم ، فباعه بمائة وعبد أو وثوب يساوي مائة ، فعن ابن سريج : أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين ، وأولى بالمنع ، لأنه عدل عن الجنس . فان أبطلنا ، فهل يبطل في القدر المقابل لغير الجنس وهو النصف ، أم في الجميع ؟ قولان . فان قلنا : في ذلك القدر ، قال في « التتمة »: لا خيار له ، لأنه إذا رضي ببيع الجميع بمائة ، فالبعض أولى . وأما المشتري ، فان لم يعلم أنه وكيل بالبيع بدراهم ، فله الخيار ، وإن علم ، فوجهان ، لشروعه في العقد مع العلم بأن بعض المعقود عليه لا يسلم له .

قلت : ولو باعه بمائة درهم ودينـار ، ففي « التتمة » و « التهذيب » : **أنه على** الخلاف في مائة وثوب . وقطع صاحب « الشامل » بالصحة ، لأنه من جنس الأثمان، وينبغي أن يكون الأصح في الجميـع : الصحة . والله أعلم

فرع

لو قال : بع بألف درهم ، فباع بألف دينار ، لم يصح ، لأنه غير المأمور به، وفيه احتمال ذكره ابن كج ، والغزالي في « الوجيز » . وعلى هذا الاحتمال : البيع بعرض يساوي ألف دينار ، يشبه أن يكون كالبيـع بألف دينار .

الصورة السادسة : في الوكالة في الخصومة ، وفيها مسائل .

إحداها : الوكيل بالخصومة من جهـة المدعي ، يدعي ويقيم البينة ويسعى في تعديلها ، ويحلّف ويطلب الحـكم والقضـاء ، ويفعل ما هو وسيلة إلى الاثبات . والوكيل من جهة المدعى عليه ، ينكر ويطعن في الشهود ، ويسعى في الدفع بما أمكنه .

الثانية : هل يشترط في التوكيل في الخصومة بيـان ما فيه الخصومة ، من دم، أو مال ، أو عين ، أو دين ، أو أرش جناية ، أو بدل مال ؟ حـكى العبادي فيه وجهين كالوجهين في بيان من يخاصمه .

الثالثة : لو أقر وكيل المدعي بالقبض ، أو الابراء ، أو قبول الحوالة ، أو المصالحة على مال ، أو بأن الحق مؤجل ، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق للمدعي [1] ، لم يقبل ، سواء أقر في مجلس الحـكم ، أم في غيره ، كما لا يصح إبراؤه ومصالحته، لأن اسم الخصومة لا يتناولها ، فكذا الاقرار . ثم وكيل المدعي ، إذا أقر بالقبض، أو الابراء ، انعزل ، وكذا وكيل المدعى عليه ، إذا أقر بالحق ، انعزل ، لأنه بعـد

(١) في نسخة الظاهرية : بالحق المدعى .

الاقرار ظالم في الخصومة . وأطلق ابن كج وجهين في بطلان وكالته بالاقرار .

قلت : ولو أبرأ وكيل المدعي خصمه ، لم ينعزل ، لأن إبراءه باطل ، ولا يتضمن اعترافاً بأن المدعي ظالم ، بخلاف الاقرار ، وكذا فرق صاحب « الحاوي » وغيره. والله أعلم

فرع

نقل في « النهاية » أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه ، لا يُقبل تعديله بينةَ المدعي ، لأنه كالاقرار في كونه قاطعاً للخصومة ، وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار .

الرابعة : تقبل شهادة الوكيل على موكله ، وتقبل لموكله في غير ما توكل فيه. وإن شهد بما توكل فيه ، نظر ، إن شهد قبل العزل ، أو بعده وقد خاصم فيه ، لم يقبل ، للتهمة . وإن كان بعده ولم يخاصم ، قبلت على الأصح . هذه هي الطريقة الصحيحة المشهورة . وقال الامام : قياس المراوزة ، أن يعكس فيقال : إن لم يخاصم ، قبلت ، وإلا ، فوجهان . قال : وهذا التفصيل ، إذا جرى الأمر على تواصل. فان طال الفصل ، فالوجه : القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه .

الخامسة : لو وكل رجلين بالخصومة ، ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما ، فوجهان. الأصح : لا يستقل واحد منهما ، بل يتشاوران ويتباصران [1] . كما لو وكلهما في بيع أو طلاق أو غيرهما ، أو وصى إليهما . ولو وكل رجلين في حفظ متاع ، فالأصح: أنه لا ينفرد واحد منهما بحفظه ، بل يحفظانه في حرز بينهما . والثاني : ينفرد . فان قبل القسمة ، قسم ليحفظ كل واحد بعضه .

---

(١) في نسخة الظاهرية : ويتناصران .

السادسة : ادعى عند القاضي أنه وكيل زيد ، فـان كان المقصود بالخصومة حاضراً ، وصدّقه ، ثبتت الوكالة ، وله مخاصمته ، وإن كذبه ، أقام البينة على الوكالة. ولا يشترط في إقامة البينة تقدّم دعوى حق الموكل على الخصم . وإن كان غائبـاً ، وأقام الوكيل بينة بالوكالة ، سمعها القاضي وأثبتها . ولا يعتبر حضور الخصم في إثبات الوكالة ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه حيث [قال] : لا تسمع البينة إلا في وجه الخصم . قال الامام : وهو بناء على مذهبه ، في امتناع القضاء على الغائب . ثم حكى الامام عن القاضي حسين : أنه لا بد [و] أن ينصب القاضي مسخراً ينوب عن الغائب ، ليقيم المدعي البينة في وجهه . قال الامام : وهذا بعيد لا أعرف له أصلاً ، مع ما فيه من مخالفة الاصحاب . وحكى عنه أيضـاً أن القضاة اصطلحوا على أن من وكل في مجلس القضاء وكيلاً بالخصومة ، اختص التوكيل بالمخاصمة في ذلك المجلس . قال الامام : والذي نعرفه للأصحاب (١) أنه يخاصم في ذلك المجلس وبعده ، ولا نعرف للقضاة العرف الذي ادعاه .

السابعة : وكل رجلاً عند القاضي بالخصومة عنه ، وطلب حقوقـه ، فللوكيل أن يخاصم عنه ما دام حاضراً في المجلس ، اعتماداً على العيـــان . فان غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه اعتماداً على اسم ونسب يذكره ، فلا بد من إقامة بينة على أن فلان ابن فلان وكله ، أو على أن الذي وكله هو فلان بن فلان ، ذكره أصحابنا العراقيون ، والشيـخ أبو عاصم العبادي . وعبارة العبادي : إنه لا بد وأن يعرّف الموكلَ شاهدان يعرفها القاضي ويثق بهما . ثم إن الامام حكى عن القاضي حسين ـ رحمهما الله ـ أن عادة الحكام التساهل في هذه البينة ، والاكتفاء بالعدالة الظاهرة ، وترك البحث والاستزكاء تسهيلاً على الغرباء . وقال القاضي أبو سعد ابن أبي يوسف

(١) في الأصل : والذي يعرفه الأصحاب ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

في شرح «مختصر العبادي»: يمكن أن يكتفى بمعرّف واحد إذا كان موثوقاً به، كما قال الشيخ أبو محمد: إن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها، يحصل بمعرّف واحد، لأنه إخبار لا شهادة.

قلت: وإذا ادعى على وكيل مالاً، وأقام بينة وقضى بها الحاكم، ثم حضر الغائب وأنكر الوكالة، أو ادعى عزله، لم يكن له أثر، لأن الحكم على الغائب جائز. قال في «التتمة»: وإذا اعترف الخصم عند القاضي بأنه وكيل، جاز له المحاكمة قطعاً. وفي وجوبها عليه، الخلاف فيما إذا اعترف بأنه وكيل في قبض الدين، هل يلزمه دفعه إليه، أم لا يجب حتى يقيم بينة؟ والله أعلم

الصورة السابعة: وكله في الصلح عن الدم على خمر، ففعل، حصل العفو ووجبت الدية كما لو فعله الموكل بنفسه. فلو صالح على خنزير، فهو لغو على الأصح، فيبقى القصاص، لأنه غير مأذون فيه. والثاني: أنه كالعفو على خمر. وعلى هذا، لو صالح على الدية، أو على ما يصلح عوضاً، جاز. ولو جرت هذه المخالفة بين الموجب والقابل في الصلح، لغا قطعاً، لعدم انتظام الخطاب. ولو وكله في خلع زوجته على خمر، فخالعها على خمر أو خنزير، فعلى ما سبق في الصلح عن الدم.

فرع

وكله في بيع أو شراء فاسد، لم يملك فاسداً ولا صحيحاً، لعدم الاذن.

الصورة الثامنة: في مخالفته، فاذا سلّم إليه ألفاً، وقال: اشتر بعينه ثوباً، فاشترى في الذمة لينقد الألف، لم يصح للموكل. ولو قال: اشتر في الذمة وسلّم

الألف في ثمنه ، فاشترى بعينه ، لم يصح على الأصح . ولو سلمه إليه ، وقال : اشتر ثوباً ، ولم يقل : بعينه ، ولا في الذمة ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله : اشتر بعينه ، لأن قرينة التسليم تشعر به . وأصحهما : أن الوكيل يتخير بين الشراء بعينه أو في الذمة ، لأن الاسم يتناولهما .

قلت : وإذا قال : اشتر في الذمة وسلّمه فيه ، فاشترى للموكل في الذمة ، ونقد الوكيل الثمن من ماله ، برىء الموكل من الثمن ، ولا يرجع عليه الوكيل بشيء ، لأنه متبرع بقضاء دينه ، ويلزمه رد الألف المعينة إلى الموكل ، صرح به الماوردي وغيره ، وهو ظاهر . والله أعلم

فصل

في حكم البيع والشراء المخالفين أمر الموكل

أما البيع ، فاذا قال : بع هذا العبد ، فباع آخر ، فباطل . وأما الشراء ، فان وقع بعين مال الموكل ، فباطل . وإن وقع في الذمة ، نظر ، إن لم يسم الموكل ، وقع عن الوكيل ، وكذا إن سماه على الأصح . وتلغو التسمية ، لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء ، فاذا سماه ، ولم يكن [1] صَرَفه إليه ، صار كأنه لم يسمه . والثاني : العقد باطل . فاذا قلنا بالأصح ، فذلك إذا قال : بعتك ، فقال : اشتريت لموكلي فلان . فأما إذا قال البائع : بعت فلاناً ، فقال الوكيل : اشتريته له ، فالمذهب بطلان العقد ، لأنه لم تجر بينهما مخاطبة . ويخالف النكاح حيث يصح من الولي ووكيل الزوج على هذه الصيغة ، بل لا يصح إلا كذلك ، لأن للبيع أحكاماً تتعلق بالمجلس كالخيار وغيره ، وتلك الأحكام ، إنما يمكن اعتبارها بالمتعاقدين ، فاعتبر جريان

(١) في نسخة الظاهرية : ولم يمكن .

المخاطبة بينهما ، والنكاح سفارة محضة . ثم ما ذكرناه في هذا الفصل ، تفريع على الجديد، وهو منع وقف العقود ، وإلغاء تصرف الفضولي . وأما على القديم ، فالوكيل كأجنبي، فيقف الشراء في الذمة على إجازته . فان أجاز ، وقع عنه ، وإلا ، فمن الوكيل ، وكذا الشراء بعين ماله ، وبيع العبد الآخر ، ينعقدان موقوفين على هذا القول كما ذكرنا في بابه .

فرع

وكيل المتهب في القبول ، يجب أن يسمي موكلَه ، وإلا فيقع عنه ، لجريان الخطاب معه ، ولا ينصرف بالنية [1] إلى الموكل ، لأن الواهبَ قد يقصد بتبرعه المخاطب ، وليس كل أحد يسمح بالتبرع عليه ، بخلاف الشراء ، فـإن المقصود منه حصول العوض .

قلت : قال في « البيان »: لو وكله أن يزوج بنته زيداً ، فزوجها وكيل زيد لزيد ، صح . ولو وكله في بيع عبده لزيد، فباعه لوكيل زيد ، لم يصح . والفرق أن النكاح لا يقبل نقل الملك ، والبيع يقبله . ولهذا يقول وكيل النكاح :زوّج موكِّلي ، ولا يقول : زوّجني لموكِّلي . وفي البيع يقول: بعني لموكلي [ولا يقول: بع موكلي] . والله أعلم

الحكم الثاني : للوكالة حكم الامانة .. فيد الوكيل يد أمانة ، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تفريط ، سواء كان بجعل، أو متبرعاً ، فان تعدى، بأن ركب الدابة ، أو لبس الثوب ، ضمن قطعاً، ولا ينعزل عن المذهب ، بل يصح تصرفه،

---

(١) في الاصل: ولا ينصرف إلا بالنية ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية، و« شرح الوجيز ».

وإذا باع وسلم المبيع ، زال عنه الضمان ، لأنه أخرجه من يده باذن المالك .وفي زوال الضمان بمجرد البيع ، وجهان.أحدهما : نعم،لزوال ملك الموكل . وأصحهما : لا، لأنه يرتفع العقد بتلفه قبل القبض.وأما الثمن الذي يقبضه ، فلا يكون مضموناً عليه ،لأنه لم يتعد فيه . ولو رد عليه المبيع بعيب ، عاد الضمان .

فرع

لو دفع إلى وكيله دراهم ليشتري بها شيئاً، فتصرف فيها على أن يكون قرضاً عليه، صار ضامناً. وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه ، ولا في الذمة ،فلو حصل، كان ما اشتراه لنفسه دون موكله. ولو عادت الدراهم التي تصرف فيها إليه، فاشترى بها للموكل ، فهو على الخلاف في انعزاله بالتعدي . فعلى المذهب : لا ينعزل ،فيصح شراؤه ، ولا يكون ما اشتراه مضموناً عليه ، لأنه لم يتعد فيه .فلو رد ما اشتراه بعيب ،واسترد الثمن ، عاد مضموناً عليه .

فرع

متى طالب الموكل الوكيل برد ماله ، لزمه أن يخليَ بينه وبينه ، فان امتنع ، صار ضامناً كالمودع .

الحكم الثالث : في العهدة ، فيه مسائل .

إحداها : الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله في شرائه فلمن يقع الملك؟ وجهان . أحدهما : للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ، لأن الخطاب جرى معه . وأحكام العقد تتعلق به . والصحيح : أنه يقع أولاً الموكل ، كما لو اشترى الأب للطفل ، فانه يقع للطفل ابتداءً ، ولأنه لو وقع الوكيل ، لعتق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله ، فلا يعتق قطعاً .

الثانية : أحكام العقد في البيع والشراء، تتعلق بالوكيل دون الموكِّل، حتى تعتبر رؤية الوكيل للمبيع دون الموكل، وتلزم بمفارقة الوكيل المجلس دون الموكل، وكذا تسليم رأس المال في السلم والتقابض حيث يشترط، يعتبران قبل مفارقة الوكيل. والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية، إن أثبتناه يثبت للوكيل دون الموكل، حتى لو أراد الموكل الاجازة، كان للوكيل الفسخ، ذكره في « التتمة ».

الثالثة : إذا اشترى الوكيل بثمن معين، طالبه به البائع، إن كان في يده، وإلا، فلا. وإن اشترى في الذمة، فان كان الموكل قد سلم إليه ما يصرفه في الثمن، طالبه البائع، وإلا، فان أنكر البائع كونه وكيلاً، أو قال: لا أدري، هل هو وكيل، أم لا؟ طالبه به. وإن اعترف بوكالته، فهل يطالب به الموكل فقط؟ أم الوكيل فقط؟ أم يطالب أيهما شاء؟ فيه أوجه. أصحها: الثالث. فان قلنا بالثاني، فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يغرم؟ فيه وجهان. أصحهما: المنع. وإذا غرم الوكيل للبائع، رجع على الموكل، ولا يشترط لثبوت الرجوع اشتراط الرجوع على المذهب. وإذا قلنا بالثالث، فالوكيل كالضامن، والموكل كالمضمون عنه، فيرجع الوكيل إذا غرم. والقول في اعتبار شرط الرجوع، وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم، كما سبق في الضمان. وفرع ابن سريج على الأوجه فقال: لو سلم دراهم إلى الوكيل ليصرفها إلى الثمن الملتزم في الذمة، ففعل، ثم ردها البائع بعيب، فان قلنا بالوجه الأول أو الثالث، لزم الوكيل تلك الدراهم بأعيانها إلى الموكل، وليس له إمساكها ودفع بدلها. وإن قلنا بالثاني، فله ذلك، لأن ما دفعه الموكل إليه على هذا الوجه، أقرضه إياه ليبرىء ذمته. فان عاد، فهو ملكه. وللمستقرض إمساك ما استقرضه وردّ مثله. ولك أن تقول: لا خلاف أن الوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة، وإنما الكلام في أنه متى يرجع؟ وبأي،

شيء يرجع ؟ فاذا كان كذلك ، اتجه أن يكون تسليم الدراهم دفعاً لمؤنة التراجع ، لا إقراضاً .

الرابعة : الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن ، إما باذن صريح ، وإما بمقتضى البيع . إذا قلنا به ، فتلف المقبوض في يده ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، والمشتري معترف بالوكالة ، فهل يرجع بالثمن على الوكيل لحصول التلف عنده ؟ أم على الموكل لأنه سفيره ويده يده ؟أم على من شاء منهما ؟ فيه الأوجه السابقة. فان قلنا : على الموكل أو الوكيل ، فغرم ، لا يرجع أحدهما على صاحبه . وإن قلنا : يغرم أيهما شاء ، فثلاثة أوجه . أصحها وأشهرها : أنه إن غرم الموكل ، لم يرجع على الوكيل ، وإن غرم الوكيل ، رجع على الموكل . والثاني : يرجع الموكل دون الوكيل ، لحصول التلف في يده . والثالث : لا يرجع واحد منهما . والذي يفتى به من هذه الاختلافات : أن المشتري يغرم من شاء منهما ، والقرار على الموكل . ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في بدل الرهن [1] ، وإن كان يطرد فيه الخلاف .

الخامسة : الوكيل بالشراء إذا قبض المبيع وتلف في يده ، ثم بان مستحقاً، فللمستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله ، لأنه غاصب . وفي مطالبته الوكيل أو الموكل ، الأوجه الثلاثة . قال الامام : والأقيس في المسألتين : أنه لا رجوع إلا على الوكيل ،لحصول التلف في يده ، وبظهور الاستحقاق بان أن لا عقد ، وصار الوكيل قابضاً ملك غيره بلا حق . ويجري الخلاف في القرار في هذه الصورة .

السادسة : الوكيل بالبيع ، إذا باع بثمن في الذمة ،واستوفاه ودفعه إلى الموكل، وخرج مستحقاً أو معيباً ، فرده ، فللموكل أن يطالب المشتري بالثمن ، وله أن يغرّم الوكيل ، لأنه صار مسلّماً للمبيع قبل أخذ عوضه . وفيما يغرمه وجهان . أحدهما :

---

(١) في نسخة الظاهرية : في عدل الرهن .

قيمة العين، لأنه فوّتها . والثاني : الثمن ، لأن حقه انتقل إليه . فان قلنا بالأول ، فأخذ منه القيمة ، طالب الوكيل المشتري بالثمن . فاذا أخذه ، دفعه إلى الموكل واسترد القيمة .

السابعة : دفع إليه دراهم ليشتري عبداً بعينها ، ففعل ، فتلفت في يده قبل التسليم، انفسخ البيع ،ولا شيء على الوكيل . وإن تلفت قبل الشراء،ارتفعت الوكالة . ولو قال : اشتر في الذمة،واصرفها إلى الثمن ، فتلفت في يد الوكيل بعد الشراء،لم ينفسخ العقد . ولكن هل ينقلب إلى الوكيل ويلزمه الثمن ؟ ام يبقى للموكل . وعليه مثل الدراهم ؟ أم يقال للموكل : إن أردته فادفع مثل تلك الدراهم،وإلا فيقع عن الوكيل وعليه الثمن ؟ فيه ثلاثة أوجه . ولو تلفت قبل الشراء ، لم ينعزل . فان اشترى للموكل ،فهل يقع له،أم للوكيل؟ فيه الوجهان الأولان من هذه الثلاثة . **قلت** : هكذا ذكره صاحب « التهذيب » : وقطع في « الحاوي » بأنه إذا قال : اشتر في الذمة أو بعينها ، فتلفت ،انفسخت الوكالة ، وانعزل ، فاذا اشترى بعده ، وقع للوكيل قطعاً . والله أعلم

فرع

إذا اشترى الوكيل شراءً فاسداً، وقبض، وتلف المبيع في يده ، أو بعد تسليمه إلى الموكل ، فللمالك مطالبته بالضمان ، ثم هو يرجع على الموكل .

فرع

لو أرسل رسولاً ليستقرض له ، فاقترض، فهو كوكيل المشتري . وفي مطالبته

ما في مطالبة وكيل المشتري بالثمن . والمذهب : أنه يطالب ، وأنه إذا غرم ، رجع على الموكل .

الحكم الرابع : الجواز من الجانبين ، فلكل واحد منهما العزل . ولارتفاعها أسباب .

الأول : أن يعزله الموكل بقوله : عزلته، أو رفعت الوكالة ،أو فسختها ، أو أبطلتها، أو أخرجته عنها ،فينعزل سواء ابتدأ توكيله ،أو وكله بسؤال الخصم، بأن سألت زوجها أن يوكل في الطلاق ، أو الخلع ، أو المرتهن الراهن أن يوكل ببيع الرهن ، أو سأله خصمه أن يوكل في الخصومة . وهل ينعزل قبل بلوغ العزل إليه؟ قولان . أظهرهما : ينعزل . فان قلنا : لا ينعزل حتى يبلغه الخبر ، فالمعتبر خبر من تقبل روايته ،دون الصبي والفاسق . وإذا قلنا : ينعزل ، فينبغي الموكل أن يشهد على العزل ، لأن قوله بعد تصرف الوكيل : كنت عزلته ، لا يقبل .

الثاني : إذا قال الوكيل:عزلت نفسي ، أو أخرجتها عن الوكالة ، أو رددتها، انعزل قطعاً ، كذا قاله الأصحاب . وقال بعض المتأخرين : إن كانت صيغة الموكل : بع واعتق ونحوهما من صيغ الأمر ، لم ينعزل بردّ الوكالة ، وعزله نفسه ، لأن ذلك إذن وإباحة ، فأشبه ما لو أباحه الطعام لا يرتد بردِ المباح له ، ولا يشترط في انعزاله بعزل نفسه حصول علم الموكل .

الثالث : ينعزل الوكيل بخروجه ، أو خروج الموكل عن أهلية تلك التصرفات بالموت أو الجنون . وفي وجه : لا ينعزل بجنون لا يمتد ، بحيث تتعطل المهمات . ويخرج إلى نصب قوّام . والاغماء ، كالجنون على الأصح . والثاني : لا ينعزل به ، واختاره الامام ، والغزالي في « الوسيط » ، لأن المغمى عليه ،لا يلتحق بمن تولى عليه . والمعتبر في الانعزال ، التحاق الوكيل والموكل بمن تولى عليه . وفي معنى الجنون ، الحجر عليه بسفه ، أو فلس في كل تصرف لا ينفذ منها . وكذا لو طرأ الرق ،

بأن وكل حربياً ، ثم استرق . وإذا جن الموكل ، انعزل الوكيل في الحال وإن لم يبلغه الخبر قطعاً ، بخلاف العزل .

الرابع : خروج محل التصرف عن ملك الموكل ، بأن باع [الموكل] ما وكله في بيعه أو أعتقه . فلو وكله ببيعه . ثم آجره ، قال في « التتمة » : ينعزل ،لان الاجارة إن منعت البيع ، لم يبق مالكاً للتصرف ، وإلا ، فهي علامة الندم ، لأن من يريد البيع لا يؤاجر لقلة الرغبات . وتزويج الجارية ، عزل . وفي طحن الحنطة وجهان . وجه الانعزال ، بطلان اسم الحنطة . وأما العرض على البيع وتوكيل وكيل آخر ، فليس بعزل قطعاً.

الخامس : لو وكل عبده في بيع أو تصرف آخر ، ثم أعتقه أو باعه ، ففي انعزاله أوجه . ثالثها : أنه إن كانت الصيغة : وكلتك ، بقي الاذن . وإن كانت: بع،أو نحوه ، ارتفع . والكتابة ، كالبيع . وعبد غيره كعبده . وإذا حكمنا ببقاء الاذن في صورة البيع ، لزمه استئذان المشتري ، لأن منافعه صارت له . فلو لم يستأذن، نفذ تصرفه لبقاء الاذن وإن عصى ، قال الامام : وفيه احتمال.

قلت : لم يصحح الرافعي شيئاً من الخلاف في انعزاله ، ولم يصححه الجمهور . وقد صحح صاحب « الحاوي » والجرجاني في المعاياة انعزاله . وقطع به الجرجاني في كتابه « التحرير » . وأما عبد غيره ، فطرد الرافعي فيه الوجهين متابعة لصاحب « التهذيب » . ولكن المذهب ، والذي جزم به الأكثرون : القطع ببقائه . قال صاحب « البيان » :والخلاف في عبد غيره ، هو فيما إذا أمره السيد ليتوكل لغيره . فأما إن قال : إن شئت فتوكل لفلان ، وإلا ، فلا تتوكل ، ثم أعتقه أو باعه ، فلا ينعزل قطعاً كالأجنبي . والله أعلم

السادس : لو جحد الوكيل الوكالة ، هل يكون ذلك عزلاً ؟ فيه أوجه ، أصحها : ثالثها : إن كان لنسيان أو غرض في الاخفاء ، لم يكن عزلاً ، وإن تعمد

ولا عرض في الاخفاء ، انعزل .ولو أنكر الموكل التوكيل، ففي انعزاله الأوجه .

قلت : ومن فروع هذه، لو وكل رجلين ، فعزل أحدهما لا بعينه ، فوجهان في « الحاوي » و « المستظهري » ،أصحهما : لا ينفذ تصرف واحد منهما حتى يميز، للشك في أهليته . والثاني :لكلٍ التصرفُ ،لأن الأصل بقاء تصرفه. والله أعلم

فرع

متى قلنا : الوكالة جائزة ، أردنا الخالية عن الجعل . فأما إذا شُرط [فيها] جعلٌ معلوم ، واجتمعت شرائط الاجارة ، وعقد بلفظ الاجارة ، فهي لازمة .وإن عقد بلفظ الوكالة ، أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود ،أم بمعانيها ؟

فصل
في مسائل منثورة

إحداها : وكله ببيع ، فباع ، ورد عليه المبيع بعيب ، أو أمره بشرط الخيار ، فشرطه ، ففسخ البيع ، لم يكن له بيعه ثانياً .

الثانية : قال :بع نصيبي من كذا ، أو قاسم شركائي ، أو خذ بالشفعة ، فأنكر الخصم ملكه ، هل له الاثبات ؟ يخرج على الوجهين في أن الوكيل بالاستيفاء ، هل يثبت؟

الثالثة : قال : بع بشرط الخيار ، فباع مطلقاً ، لم يصح. ولو أمره بالبيع وأطلق ، لم يكن للوكيل شرط الخيار للمشتري ، وكذا ليس الوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع . وفي شرطها الخيار لأنفسها أو للموكل ، وجهان .

قلت : أصحها : الجواز ، وبه قطع في « التتمة » . والله أعلم

الرابعة : أمره بشراء عبد ، أو بيع عبد ، لا يجوز العقد على بعضه ، لضرر التبعيض ولو فرضت فيه غبطة . وفيه وجه شاذ ضعيف . ولو قال : لشتره بهذا الثوب ، فاشتراه بنصف الثوب ، صح .

الخامسة : قال : بع هؤلاء العبيد ، أو اشتر لي خمسة أعبد ، ووصفهم ، فله الجمع والتفريق ، إذ لا ضرر . ولو قال : اشترهم صفقة ، ففرق ، لم يصح للموكل . فلو اشترى خمسة من مالكين ، لاحدهما ثلاثة ، وللآخر اثنان دفعة ، وصححنا مثل هذا العقد ، ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان . أحدهما : الصحة ، لأنه ملكهم دفعة. وأصحها : المنع ، لأنه إذا تعدد البائع ، لم تكن الصفقة واحدة .

السادسة : قال : بع هؤلاء الأعبد الثلاثة بألف ، لم يبع واحداً منهم بدون ألف . ولو باعه بألف ، صح . ثم هل يبيع الآخرين ؟ فيه وجهان . أصحها : نعم . ولو قال : بع من عبيدي من شئت ، أبقى بعضهم ولو واحداً .

السابعة : وكّله باستيفاء دَينه على زيد ، فمات زيد ، نظر ، إن قال : وكلتك بطلب حقي من زيد ، لم يطالب الورثة . وإن قال : بطلب حقي الذي على زيد ، طالبهم .

قلت : ولو لم يمت ، جاز له القبض من وكيله قطعاً كيف كان ، قاله في « الشامل » وغيره . والله أعلم

الثامنة : أمره بالبيع مؤجلاً ، لا يلزمه المطالبة بعد الأجل ، ولكن عليه بيان الغريم . وكذلك لو قال : ادفع هذا الذهب إلى صائغ ، فقال : دفعته ، فطالبه الموكل ببيانه ، فقال القفال : يلزمه البيان . فلو امتنع ، صار متعديا ، حتى لو بينه بعد ذلك ، وكان تلف في يد الصائغ ، يلزمه الضمان . قال القفال : والأصحاب يقولون : لا يلزمه البيان.

قلت : هذا المنقول عن الأصحاب ، ضعيف أو خطأ . والله أعلم

التاسعة : قال لرجل : بع عبدك لفلان بألف ، وأنا أدفعه إليك ، فباعه له ، قال ابن سريج : يستحق البائع الألف على الآمر دون المشتري . فاذا غرم الآمر ، رجع على المشتري .

قلت : هذا كله مشكل مخالف للقواعد من وجهين ، وهما لزوم الألف للآمر ، ورجوعه بها بغير إذن المشتري . ومن قضى دين غيره بلا إذن ، لا يرجع قطعاً كما سبق في الضمان . وقد قال أصحابنا : لو قال : بع عبدك لفلان بألف عليَّ ، لم يصح التزامه . فالصواب : أنه لا يلزم الآمرَ شيء ، لأنه ضمان ما لم يجب ، ولا جرى سبب وجوبه . ثم رأيتُ صاحبَ « الحاوي » رحمه الله ، أوضح المسألة فقال : لو قال لرجل : بع عبدك هذا على زيد بألف درهم ، وهي علي دونه ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون هذا الآمر هو المتولي للعقد ، فيصح ويكون مشتريا لغيره بثمن في ذمته ، فيعتبر حال زيد المشتري له . فان كان مولياً عليه ، أو أذن فيه ، كان الشراء له ، والثمن على العاقد الضامن . وإن كان غير مولى عليه ، ولا أذن ، كان المشترى للعاقد ، يعني على الاصح فيما لو قال : اشتره لزيد ، وليس وكيلاً له . وعلى وجه : بيعه باطل .

الحال الثاني : أن يكون زيد هو العاقد ، فوجهان . أحدهما : يصح ويكون العبد لزيد بلا ثمن ، والثمن على الضامن الآمر ، قاله ابن سريج . والثاني - قال: وهو الصحيح - : أن البيع باطل ، لأن عقدَ البيع ما أوجب تمليك المبيع عوضاً على المالك ، وهذا مفقود هنا ، فيبطل . فعلى هذا ، لو قال :بع عبدك على زيد بألف درهم ، وخمسمائة عليّ ، فعند ابن سريج : العقد صحيح ، وعلى المشتري

ألف ، وعلى الآمر خمسمائة ، وعلى الصحيح : العقد باطل ، هذا كلام صاحب « الحاوي » وهو واضح حسن . وعجب من الامام الرافعي ، اقتصاره على ما حكاه عن ابن سريج ، وإهماله بيان المذهب الصحيح . ثم حكايته عن ابن سريج ، مخالفة في الرجوع ما ذكرنا . والله أعلم

العاشرة : قال : اشتر لي عبد فلان بثوبك هذا ، أو بدراهمك ، ففعل ، حصل الملك للآمر ورجع عليه المأمور بالقيمة أو المثل . وفي وجه ضعيف : لا يرجع إلا أن يشرطا الرجوع .

الحادية عشرة : متى قبض وكيل المشتري المبيع ، وغرم الثمن من ماله ، لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له . وفي وجه ضعيف : له ذلك .

الثانية عشرة : وكّله عمرو باستيفاء دينه من زيد ، فقال زيد : خذ هذه العشرة ، واقض بها دين عمرو ، فأخذها ، صار وكيلاً لزيد في قضاء دينه ، حتى يجوز لزيد استردادها ما دامت في يد الوكيل . ولو تلفت عند الوكيل ، بقي الدين على زيد . ولو قال زيد : خذها عن الدين الذي تطالبني به لعمرو ، فأخذها ، كان قبضاً لعمرو ، وبرىء زيد ، وليس له الاسترداد . ولو قال : خذها قضاءً لدَين فلان ، فهذا محتمل للحالين . فلو تنازع عمرو وزيد ، فالقول قول زيد بيمينه .

قلت : المختار في هذه الصورة ، أنه عند الاطلاق إقباض بوكالة عمرو .

والله أعلم

الثالثة عشرة : دفع إليه دراهم ليتصدق بها ، فتصدق ونوى نفسه ، لغت نيته ووقعت الصدقة للآمر .

الرابعة عشرة : وكّل عبداً ليشتري له نفسه ، أو مولى آخر من مولاه ،

صح على الأصح . فعلى هذا ، قال صاحب « التقريب » : يجب أن يصرح بذكر الموكل فيقـول : اشتريت نفسي منك لموكلي فلان ، وإلا فقوله : اشتريت نفسي، صريح في اقتضاء العتق ، فلا يندفع بمجرد النية . ولو قال العبد لرجل : اشتر لي نفسي من سيدي ، ففعل ، صـح . قال صـاحب « التقريب » : ويشترط التصريح بالاضافة إلى العبد ، فلو أطلق ، وقع الشراء للوكيل ، لأن البائع لا يرضى بعقد يتضمن الاعتاق قبل توفية الثمن (١) .

الخامسة عشرة : قال لرجل : أسلم لي في كذا ، وأدّ رأس المال من مالك ، ثم ارجع عليّ ، قال ابن سريج : يصح ويكون رأس المال قرضاً على الآمر . وقيل: لا يصح ، لأن الاقراض لا يتم إلا بالاقباض ، ولم يوجد من المستقرض قبض .

قلت : الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب « العدة » : أنه لا يصح . قال الشيخ أبو حامد : هذا الذي قاله أبو العباس ، سهو منه . قال : وقد نص الشافعي رضي الله عنه في كتاب الصرف ، أن ذلك لا يجوز . والله أعلم

السادسة عشرة : لو أبرأ وكيلُ المسلِم المسلَمَ إليه ، لم يلزم إبراؤه الموكل. لكن المسلم إليه لو قال : لا أعلمك وكيلاً ، وإنما التزمت لك شيئاً وأبرأتني منه ، نفذ في الظاهر ، ويتعطل بفعله حق المسلم . وفي وجوب الضمان عليه قولا الغرم بالحيلولة . والأظهر : وجوبه، لكن لا يغرم مثل المسلم [فيه] ولا قيمته، كي لا يكون اعتياضاً عن السلم، وإنما يغرم رأس المال، كذا حكاه الامام عن العراقيين ،واستحسنه. ورأيت في تعليق الشيخ أبي حامد : أنه يغرم للموكل مثل المسلم فيه .

السابعة عشرة : قال : اشتر لي طعاماً ، نص الشافعي رضي الله عنه ، على

---

(١) في نسخة الظاهرية : لا يتضمن الاعتاق قبل توفير الثمن .

أنه يحمل على الحنطة اعتباراً بعرفهم . قال الروياني : وعلى هذا لو كان بطبرستان، لم يصح التوكيل ، لأنه لاعرف فيه لهذا اللفظ عندهم .

الثامنة عشرة : قال : وكلتـك بابراء غرمائي ، لم يملك الوكيل إبراء نفسه . فان قال : وإن شئتَ فأبرىء نفسك ، فعلى الخلاف في توكيل المديون بابراء نفسه . ولو قال : فرّق ثلثي على الفقراء ، وإن شئتَ أن تضمه في نفسك فافعل ، فعلى الخلاف فيمن أذن له في البيع لنفسه .

التاسعة عشرة : قال : بـع هذا ثم هذا ، لزمه رعاية الترتيب ، قاله القفال.

العشرون : جعل للوكيل جعلاً ، فباع ، استحقه وإن تلف الثمن في يده ، لأن استحقاقه بالعمل وقد عمل .

قلت : ومن مسائل الباب فروع .

أحدها : قال في « الحاوي » : لو شهد لزيد شاهدان عند الحاكم أن عمراً وكّله ، فان وقع في نفس زيد صدقها، جاز العمل بالوكالة . ولو رد الحاكم شهادتها، لم يمنعه ذلك من العمل بها ، لأن قبولها عند زيد خبر، وعند الحاكم شهادة .وإن لم يصدقها ، لم يجز [له] العمل بها ، ولا يغني قبول الحاكم شهادتها عن تصديقه .

الثاني : قال في « الحاوي » : إذا سأل الوكيلُ موكلَه أن يشهـد على نفسه بتوكيله ، فان كانت الوكالة فيما لو جحده الموكل ضمنه الوكيل، كالبيـع ، والشراء، وقبض المال ، وقضاء الدين ، لزمه . وإن كانت فيما لا يضمنه الوكيل، كاثبات الحق بطلب الشفعة ومقاسمة الشريك ، لم يلزمه .

الثالث : قال في « البيان » : لو قال :اشتر لي جارية أطؤها ،ووصفها ،وبيّن ثمنها ، فاشترى من تحرم عليه ، أو أخت من يطؤها ؛ لم يلزم الموكل ، لأنه غير المأذون فيه .

الرابع : وكّله أن يتزوج امرأة ، ففي اشتراط تعيينها وجهان في « البيان » وغيره،الأصح أو الصحيـح : الاشتراط . والله أعلم

الباب الثالث
في الاختلاف

وهو ثلاثة أضرب .

الأول : في أصل العقد . فاذا اختلفا في أصل الوكالة ، أو كيفيتها ،أو قدر ما يشترى به ،فقال : وكلتني في بيـع كله، أو بيع نسيئة ، أو بعشرة ، فقال: بل في بيـع بعضه ، أو بحال ، أو بخمسة ، فالقول قول الموكل .

فرع

أذن في شراء جارية ، فاشتراها الوكيل بعشرين ، وقال : أذنتَ لي في العشرين، وقال الموكل: بل في عشرة ، وحلفناه ،فحلف ، فينظر في الشراء،أكان بعين مال الموكل ،أم في الذمة ؟ فان كان بعينه ، فان ذكر في العقد أن المـال لفلان ، وأن الشراء له ، فهو باطل. وإن لم يذكر في العقد،وقال بعد الشراء : إنما اشتريت له، فان صدقه البائع ، فالعقد باطل ، فاذا بطل ، فالجارية للبائع وعليه رد ما أخذ . وإن كذبه البائع ، وقال: إنما اشتريت لنفسك والمـال لك ، حلف على نفي العلم بالوكالة ، وحـكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر ، وسلم الثمن المعين إلى البائع ، وغرم الوكيل مثله للموكل .وإن كان الشراء في الذمة ، نظر ، إن لم يسم الموكلَ بل نواه ، كانت الجارية للوكيل بالشراء له ظاهراً ، وإن سماه ، فان صدقه البائع

بطل الشراء، لاتفاقهما على أنه للغير . وإن كذبه ، وقال : أنت مبطل في تسميته ، لزم الشراء للوكيل . وهل يكون كما لو اقتصر على النية ، أم يبطل الشراء ؟ وجهان سبق نظائرهما . أصحهما : صحته ووقوعه للوكيل . وحيث صححنا الشراء ، وجعلنا الجارية للوكيل ظاهراً ، وهو يزعم أنها للموكل ، قال المزني : والشافعي رضي الله عنه : يستحب [١] في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر للمأمور ، فيقول : إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين ، فقد بعته إياها بعشرين . فيقول الآخر : قبلت ليحل له الفَرْج . قال أصحابنا : إن أطلق الموكل وقال : بعتكها بعشرين ، فقال المشتري : اشتريت ، صارت الجارية له ظاهراً وباطناً . وإن علق كما ذكره المزني ، فوجهان. أحدهما : لا يصح ، للتعليق . قالوا : والتعليق فيما حكاه المزني، من كلام الحاكم ، لا من كلام الموكل . وأصحهما : الصحة ، لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط ، فلا يضر التعرض له . وسواء أطلق البيع ، أو علقه ، لا نجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل . وإن امتنع الموكل من الاجابة ، أو لم يرفق به الحاكم ، نظر ، إن كان الوكيل كاذباً ، لم يحل له وطؤها ، ولا التصرف فيها ببيع ولا غيره إن كان الشراء بعين مال الموكل ، لأن الجارية للبائع . وإن كان في الذمة ، ثبت الحل ، لوقوع الشراء للوكيل ، لكونه مخالفاً للموكل . وذكر في « التتمة » : أنه إذا كان كاذباً والشراء بعين مال الموكل ، فللوكيل بيعها بنفسه أو بالحاكم ، لأن البائع يكون أخذ مال الموكل بغير استحقاق ، وقد غرم الوكيل للموكل ، وكان له أن يقول للبائع : رد مال الموكل ، لكن تعذر ذلك باليمين ، فله أخذ حقه من الجارية التي هي ملكه .

(١) في الاصل : قال المزني والشافعي رضي الله عنهما : يستحب . . . وما أثبتناه موافق لمخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

وإن كان الوكيل صادقاً ، ففيه أوجه .

أحدها : يحل للوكيل ظاهراً وباطناً ، فيحل له الوطء وكل تصرف ، حكي عن الاصطخري ، وهو بناء على أن الملك يقع للوكيل ، ثم ينتقل إلى الموكل . فاذا تعذر نقله ، بقي له . ومنهم من خص هذا الوجه بما إذا اشترى في الذمة ، وإليه مالَ الامام .

والوجه الثاني : إن ترك الوكيل مخاصمة الموكل ، فالجارية له ظاهراً وباطناً ، وكأنه كذب نفسه ، وإلا ، فلا .

والثالث ، وهو الأصح : أنه لا يملكها باطناً ، بل هي للموكل ، والوكيل عليه الثمن ، فهو كمن له على رجل دين لا يؤديه ، فظفر بغير جنس حقه ، ففي جواز بيعه وأخذ الحق من ثمنه [1] ، خلاف . الأصح : الجواز . ثم هل يباشر البيع بنفسه ، أم يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع ؟ فيه خلاف . والأصح هنا : [له] البيع بنفسه ، لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع . وإذا قلنا : ليس له أخذ حقه من ثمنها ، فهل يوقف في يده حتى يظهر مالكها ، ويأخذها الحاكم ويحفظها ؟ وجهان يأتي نظائرهما إن شاء الله تعالى .

فرع

لو اشترى جارية ، فقال الموكل : إنما وكلتك بشراء غيرها ، وحلف عليه ، بقيت الجارية في يد الوكيل ، والحكم على ما ذكرناه في الصورة السابقة ، فيتلطف الحاكم ويرفق .

---

(١) في الأصل : ففي جواز أخذه وبيع الحق من ثمنه ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

فرع

باع الوكيل مؤجلاً ، ثم ادعى أنه مأذون له فيه ، فقال الموكل : ما أذنت لك إلا في حال ، فالقول قول الموكل . ثم لا يخلو ، إما أن ينكر المشتري الوكالة ، أو يعترف بها .

الحال الأول : أن ينكر ، فالموكل يحتاج إلى البينة . فان لم تكن [1] فالقول قول المشتري مع يمينه على نفي العلم بالوكالة، فان حلف ، قرر المبيع في يده ،وإلا، فترد اليمين على الموكل . فان حلف ، حكم ببطلان البيع ، وإلا ، فهو كما لو حلف المشتري . ونكول الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري ، لا يمنعه من الحلف على الوكيل .وإذا حلف عليه، فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع ،أو مثله إن كان مثلياً، ولا يطالب الوكيل المشتري حتى يحل الأجل ،مؤاخذة له بمقتضى تصرفه، فاذا حل ، نظر ، إن رجع عن قوله الأول وصدق الموكل ، لم يأخذ من المشتري إلا أقل الأمرين من الثمن والقيمة . وإن لم يرجع ، بل أصر على قوله ، طالبه بالثمن بتمامه . فان كان مثل القيمة أو أقل ، فذاك . وإن كان أكثر ، فالزيادة في يده [2] للموكل بزعمه، والموكل ينكرها، فهل يحفظها،أم يلزمه دفعها إلى القاضي؟ فيه خلاف مذكور في مواضع ثم إن كان ما أخذه من جنس حقه ، فذاك ، وإلا فعلى الخلاف السابق ، كذا قاله الجمهور وهو المذهب .وقال الامام، والغزالي : يقطع هنا بأخذه ، لأن المالك في غير الجنس يدعيه لنفسه ، والموكل هنا لا يدعي الثمن ، فأولى مصارفه التسليم إلى الوكيل الغارم .

الحال الثاني : أن يعترف المشتري بالوكالة ، فينظر ،إن صدق الموكل ، فالبيع

---

(١) في الأصل : فان أنكر ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في الأصل : في هذه .

باطل ، وعليه رد المبيع . فان تلف ، فالموكل بالخيار ، إن شاء غرّم الوكيل ، لتعديه ، وإن شاء غرّم المشتري . وقرار الضمان على المشتري،لحصول الهلاك في يده ، ويرجع بالثمن الذي دفعه على الوكيل . وإن صدق الوكيل،فالقول قول الموكل مع يمينه، فان حلف ،أخذ المبيع. وإن نكل ، حلف المشتري وبقيت له.الموضع الثاني: في المأذون فيه،إذا وكله في بيع ، أو هبة ، أو صلح ، أو طلاق ، أو إعتاق، أو إبراء، فقال : تصرفت كما أذنت، وقال الموكل :لم تتصرف بعد ، نظر، إن جرى هذا الاختلاف بعد انعزال الوكيل، لم يقبل قوله إلا ببينة، لأنه غير مالك للتصرف حينئذٍ . وإن جرى قبل الانعزال ، فهل القول قول الموكل ، أم الوكيل ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الأول، وهو نصه في مواضع . وقيل : ما يستقل به الوكيل ، كالطلاق ، والاعتاق ، والابراء ، يقبل قوله فيه بيمينه ، وما لا، كالبيع ، فلا. ولو صدق الموكل الوكيل في البيع ونحوه ، لكن قال : عزلتك قبل التصرف ، وقال الوكيل : بل بعد التصرف ، فهو كما لو قال الزوج : راجعتك قبل انقضاء العدة ، فقالت : انقضت عدتي قبل الرجعة . ولو قال الموكل :باع الوكيل ، فقال : لم أبع . فان صدق المشتري الموكل ، حكم بانتقال الملك إليه ، وإلا ، فالقول قوله .

فرع

دعوى الوكيل تلف المال ، مقبولة بيمينه قطعاً ، وكذا دعواه الرد إن كان بلا جعل،وكذا إن كان بجعل على الأصح، وقد ذكرناه في كتاب الرهن .وكل ما ذكرناه هنا وهناك ، إذا ادعى الرد على من ائتمنه . فان ادعى الرد على غيره، لم يقبل ،وسيأتي إيضاحه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى . ومن ذلك ، أن يدعي الوكيل الرد على رسول المالك ،لاسترداد ما عنده ، وينكر الرسول، فالقول

قول الرسول بلا خلاف ، ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح ، لأنه يدعي الرد على من لم يأتمنه.وقيل : يلزمه، لأنه معترف بالرسالة ، ويد رسوله يده، فكأنه ادعى الرد عليه . الموضع الثالث : في القبض ، فاذا وكله بقبض دين،فقال: قبضته ، وأنكر الموكل ، نظر ، إن قال : قبضته وهو باقٍ في يدي، فخذه ، لزمه أخذه ،ولا معنى لهذا الاختلاف . وإن قال : قبضته وتلف في يدي ، فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم بقبض الوكيل ، لأن الأصل بقاء حقه ، هذا هو المذهب . وقيل بطرد الخلاف في اختلافهما في البيع ونحوه . فعلى المذهب ، إذا حلف الموكل ، أخذ حقه ممن كان عليه ، ولا رجوع له على الوكيل،لاعترافه بأنه مظلوم . ولو وكله في البيع وقبض الثمن ، أو في البيع مطلقاً، وجوزنا له قبض الثمن ، فاتفقا على البيع ،واختلفا في قبض الثمن ، فقال الوكيل : قبضته وتلف في يدي ، أو دفعته إليك وأنكر الموكل ، ففي المصدق منهما طريقان . أحدهما : على الخلاف السابق في البيع ونحوه. وأصحهما : أنهما إن اختلفا قبل تسليم المبيع ، فالقول قول الموكل ، وإن كان بعد تسليمه ، فوجهان . أحدهما : قول الموكل . وأصحهما : قول الوكيل، وبه قال ابن الحداد ، لأن الموكل يدعي تقصيره وخيانته بالتسليم بلا قبض ، والأصل عدمه . وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقاً . فاذا أذن في التسليم قبل قبض الثمن ، أو في البيع بمؤجل وفي القبض بعد الأجل ، لم يكن خائناً بالتسليم بلا قبض ،فالاختلاف كالاختلاف قبل التسليم، فاذا صدقنا الوكيل فحلف ، ففي براءة المشتري ، وجهان . أصحهما عند الامام : يبرأ . وأصحهما عند البغوي : لا . فعلى الأول ، إذا حلف وبرىء المشتري ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً، فان رده على الموكل وغرمه الثمن ، لم يكن له الرجوع على الوكيل، لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً . وإن رده على الوكيل وغرّمه ، لم يرجع على الموكل ، والقول قوله بيمينه أنه لم يأخذ منه شيئاً ، ولا يلزم من

تصديقنا للوكيل في الدفع عن نفسه بيمينه أن نثبت بها حقاً على غيره . ولو خرج المبيع مستحقاً ، رجع المشتري بالثمن على الوكيل ، لأنه دفعه إليه، ولا رجوع له على الموكل لما سبق. ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن ، وقال الوكيل: دفعته إليك، وقال الموكل : بل هو باقٍ عندك ، فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلَّم إليه . والمذهب: أن القول قول الموكل [١] . ولو قال الموكل : قبضت الثمن فادفعه إليَّ ، فقال الوكيل : لم أقبضه بعد ، فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وليس للموكل طلبه من المشتري ، لاعترافه بقبض وكيله ، لكن لو سلم الوكيل المبيع حيث لا يجوز التسليم قبل قبض الثمن ، فهو متعد ، فللموكل أن يغرمه قيمة المبيع .

فصل

دفع إليه مالاً ، ووكله بقضاء دينه به ، ثم قال الوكيل : قضيت به ، وأنكر رب الدين ، صدق رب الدين بيمينه ، فاذا حلف ، طالب الموكل بحقه ، وليس له مطالبة الوكيل . وهل يقبل قول الوكيل على الموكل ؟ قولان . أظهرهما : لا . والثاني: نعم بيمينه. فعلى الأظهر: ينظر، إن ترك الاشهاد على الدفع ، فان دفع بحضرة الموكل ، فلا رجوع للموكل عليه على الأصح . وإن دفع في غيبته ، رجع ، وسواء صدقه الموكل في الدفع ، أم لا ، على الصحيح . وفي وجه : لا يرجع إذا صدقه . فلو قال : دفعت بحضرتك ، صدق الموكل بيمينه . وإن كان قد أشهد ، لكن مات الشهود ، أو جنوا، أو غابوا ، فلا رجوع . وإن أشهد واحداً أو مستورَين ، فبانا فاسقين ، فوجهان. وكل ذلك ، على ما ذكرناه في رجوع الضامن على الأصيل . ولو أمره بالايداع ، ففي لزوم الاشهاد وجهان مذكوران في الوديعة .

(١) في نسخة الظاهرية : القول قول الوكيل .

فصل

إذا ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ ، لم يقبل إلا ببينة على الصحيح .

فصل

إذا طالب المالك مَن في يده المال بالرد ، فقال : لا أرد حتى تشهد عليك ، نظر ، إن كان ممن يقبل قوله في الرد كالمودَع والوكيل ، فأوجه . أصحها : ليس له ذلك . والثاني : بلى . والثالث : إن كان التوقف إلى الاشهاد يؤخر التسليم ، فليس له ، وإلا ، فله . وإن كان ممن لا يقبل قوله كالغاصب ، فان كان عليه بينة بالأخذ ، فله الامتناع ، وإلا ، فوجهان . صحح البغوي الامتناع ، وقطع العراقيون بعدمه ، لأنه يمكنه أن يقول : ليس له عندي شيء ، ويحلف ، والمديون في هذا الحكم كمن لا يقبل قوله في رد الاعيان .

فصل

إذا كان عليه دين لزيد ، أو عين في يده ، فقال رجل : أنا وكيله بالقبض منك فأقبضنيه ، فله حالان . أحدهما : أن يصدقه في دعوى الوكالة ، فله دفعه إليه . فان دفع فحضر زيد ، وأنكر الوكالة ، فالقول قوله بيمينه . فاذا حلف ، فان كان الحق عيناً ، أخذها ، فان تلفت ، فله تغريم من شاء منهما ، ولا رجوع للغارم على الآخر ، لأنه مظلوم بزعمه ، فلا يؤاخذ غير ظالمه . قال في « التتمة » : هذا إذا تلفت بلا تفريط . وإن تلفت بتفريط القابض ، نظر ، إن غرم القابض ، فلا رجوع . وإن غرم الدافع ، رجع ، لأن القابض وكيل عنده ، والوكيل يضمن بالتفريط ، وزيد ظالمه بأخذ القيمة

منه ، وماله في ذمة القابض ، فيستوفيه بحقه . وإن كان الحق ديناً ، فله مطالبة الدافع بحقه . وإذا غرمه ، قال المتولي : إن كان المدفوع باقياً ، فله استرداده وإن كان ذلك لزيد في زعمه ، لأنه ظالمه بتغريمه ، وقد ظفر بماله . وإن كان تالفاً ، فان فرط فيه ، غرمه ، وإلا ، فلا . وهل لزيد مطالبة القابض ؟ نظر ، إن تلف المدفوع عنده ، فلا ، وكذا إن كان باقياً على الأصح ، وبه قال الأكثرون ، لأن الآخذ فضولي بزعمه ، والمأخوذ ليس حقه ، وإنما هو مال المديون . وقال أبو إسحاق ، والشيخ أبو حامد : له مطالبته ، لأنه في معنى وكيله بالدفع إليه . فعلى هذا ، إذا أخذه ، بريء الدافع ، هذا كله في جواز الدفع إذا صدقه في الوكالة ، وهل يلزم الدفع ، أم له الامتناع إلى قيام البينة ؟ نص هنا ، أن له الامتناع . ونص فيما لو أقر بدين أو عين لزيد ، وأنه مات وهذا وارثه : أنه يلزمه الدفع بلا بينة ؟ فقيل قولان فيها . والمذهب : تقرير النصين .

الحال الثاني : أن لا يصدقه ، فلا يكلف الرفع إليه . فان دفع ثم حضر زيد وحلف على نفي الوكالة ، غرم الدافع ، وكان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً ، لأنه لم يصرح بصدقه . ولو أنكر الوكالة أو الحق ، وكان الوكيل مأذوناً له في إقامة البينة ، أو قلنا : الوكيل بالقبض مطلقاً له إقامة البينة ، أقامها وأخذ الحق . فان لم تكن بينة ، فهل له التحليف ؟ يبنى على أنه لو صدقه ، هل يلزمه الدفع ؟ إن قلنا : نعم ، حلفه ، وإلا ، فيبنى على أن النكول مع يمين الرد كالبينة ، أم كالاقرار ؟ وإن قلنا بالأول ، حلفه ، وإلا ، فلا .

فرع

جاء رجل وقال لمن عليه الدين : أحالني به مالكه ، فصدقه . وقلنا : إذا صدقه

مدعي الوكالة ، لا يلزمه الدفع ، فهنا وجهان . أصحهما : يلزمه كالوارث . ولو كذبه ولم تكن بينة ، هل له تحليفه ؟ إن ألزمناه الدفع ، فنعم ، وإلا ، فكما سبق. ولو قال : مات فلان وله عندي كذا ، وهذا وصيه ، فهو كقوله : وارثه. فلو قال: مات ، وقد أوصى به لهذا الرجل ، فكاقراره بالحوالة .

فرع

إذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصي ، أو لم نوجب ، فدفع، ثم بان حياة المستحق، وغرم الدافع ، فله الرجوع على المدفوع إليه . ولو جحد الحوالة ، فكجحد الوكالة .

فصل

إذا ادعى على رجل أنه دفع اليه متاعاً ليبيعه ويقبض ثمنه ، وطالبه برده ، أو قال : بعتَه وقبضتَ ثمنه فسلمْه إليّ ، فأنكر المدعى عليه ، فأقام المدعي بينة بما ادعى، فادعى المدعى عليه أنه كان تلف ، أو رد ، نظر في صيغة جحوده ، فان قال :مالك عندي شيء ، أو لايلزمني تسليم شيء إليك ، قبل قوله في الرد والتلف . وإن أقام بينة ، سمعت، إذ لاتناقض بين كلاميه . وإذا كانت صيغته : ما وكلتني ، أو ما دفعت إليّ شيئاً ، أو ما قبضت ، فان ادعى التلف أو الرد قبل الجحود ، لم يقبل ،لمناقضته، ولزمه الضمان . وإن أقام بينة بما ادعاه ، فوجهان . أصحهما : تسمع دعواه وبينته. وأصحهما عند الامام ، والغزالي : لا تسمع . ولو ادعى أنه رد بعد الجحود ، لم يصدق ، لمصيره خائناً . فلو أقام بينة ، سمعت على المذهب ، وهو المعروف ، لأن غايته أن يكون كالغاصب ، ومعلوم أنه تسمع بينته بالرد . وقال الامام : فيه الوجهان ، للتناقض ،

وهو حسن . ولو ادعى التلف بعد الجحود ، صدق بيمينه لتنقطع عنه المطالبة برد العين ، ولكن يلزمه الضمان ، لخيانته ، كما إذا ادعى الغاصب التلف .

فصل

إذا ادعى عليه خيانة ، لم تسمع حتى يبين ما خان به ، بأن يقول : بعتَ بعشرة ، وما دفعت إليّ إلا خمسة .

فصل

وكل بقبض دين أو استرداد وديعة ، فقال المديون والمودَع : دفعت ، وصدقه الموكل ، وأنكر الوكيل ، هل يغرم الدافع بترك الاشهاد ؟ وجهان كما لو ترك الوكيلُ بقضاء الدين الاشهاد .

قلت : الأصح : أنه لا يغرم . والله أعلم

فصل

من قال : أنا وكيل في النكاح أو البيع [١] ، وصدقه من يعامله ، صح العقد . فلو قال الوكيل بعد العقد : لم أكن مأذوناً فيه ، لم يلتفت إليه ، ولم يحكم ببطلان العقد ، وكذا لو صدقه المشتري ، لأن فيه حقاً للموكل ، إلا أن يقيم المشتري بينة على إقراره بأنه لم يكن مأذوناً في ذلك التصرف .

---

(١) في الاصل : أو بيع .

كتاب الإقرار

هو إخبار عن حق سابق ، وفيه أربعة أبواب .

الأول : في أركانه ، وهي أربعة .

الأول : المقر ، وهو مطلق ، ومحجور عليه . فالمطلق ، يصح إقراره . قال الغزالي : يصح إقراره بكل ما يقدر على إنشائه ، وهذا الضبط تستثنى منه صور. منها : لو قال الوكيل : تصرفتُ كما أذنتَ ، فقال الموكل : لم تتصرف ، لم يقبل إقرار الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الانشاء . وكذا لو قال : استوفيتُ ما أمرتني باستيفائه ، ونازعه كما سبق . ومنها : إنشاء نكاح الثيب إلى وليها ، فاقراره غير مقبول ، ويمكن أن يزاد في الضبط فيقال : ينفذ إقراره في التصرفات المتعلقة به التي يستقل بانشائها .أو يقال: ما يقدر على إنشائه ، يؤاخذ المقر بموجب إقراره ، ولا يلزمه نفوذه في حق الغير ، فتخرج عنه المسائل . وأما المحجور ، فقد ذكرنا أقسامه في كتاب الحجر . فمنه الصبي ، وإقراره باطل ، لكن يصح إقراره بالوصية والتدبير إذا صححناهما منه . ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام، أو ادعت أنها بلغت بالحيض في وقت إمكانها ، صدقا . فان فرض ذلك في خصومة،لم يحلفا، لأنه لا يعرف إلا من جهتها ، فأشبه إذا علق العتق بمشيئة غيره فقال : شئت ، صدق بلا يمين، هكذا قاله الشيخ أبو زيد، والامام،والغزالي . قال الامام : فلو بلغ مبلغاً يتيقن بلوغه ، فالظاهر أنه لا يحلف أيضاً على أنه كان بالغاً ، لأنا إذا حكمنا بمقتضى قوله،فقد أنهينا الخصومة منتهاها،فلا عود إلى التحليف.وفي « التهذيب » وغيره: أنه إذا جاء واحد من الغزاة يطلب سهم المقاتلة ،وذكر أنه احتلم ، حلّف وأخذ

السهم . فان لم يحلف ، ففي إعطائه ، وجهان . ولو ادعى البلوغ بالسن ، طولب بالبينة، لامكانها . فلو كان غريباً خامل الذكر، فهل يطالب بالبينة لامكانها من جنس المدعي ؟ أم يلحق بالاحتلام ؟ أم ينظر إلى الانبـات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار ؟ فيه ثلاثة احتمالات للامام . أصحها : أولها .

قلت : ولو أقر بعد بلوغه ورشده أنه أتلف في صبـاه مالاً ، لزمه الآن قطعاً، كما لو قامت به بينة ، ذكره ابن كج . والله أعلم

ومنه المجنون ، وهو مسلوب العبارة إنشاءاً وإقراراً في كل شيء بلا استثناء . وفي السكران ، خلاف وتفصيل مشهور ، نذكره في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى .

قلت : والمغمي عليه ، ومن زال عقله بسبب يعذر فيه، كشرب الدواء ونحوه ، أو أكره على شرب الخمر ، لا يصح إقرارهم . والله أعلم

ومنه : حجر المبذر والمفلس، وقد سبق حكمها في بابيها . ويقبل إقرار المحجور عليه للفلس بالنكاح ، دون المحجور عليه لسفه، اعتباراً للاقرار بالانشاء. قال الامام: وإقرار السفيهة بأنها منكوحة فلان ، كاقرار الرشيدة ، إذ لا أثر للسفه في النـكاح من جانبها ، وفيه احتمال بسبب ضعف قولها وعقلها .

فصـــل

ومن المحجور عليه : الرقيق . والذي يُقِرُّ به ، ضربان .

أحدهما : يوجب العقوبة، كالزنا ، وشرب الخمر ، والسرقة ، والقذف ، ومـا يوجب القصاص في النفس، أو الطرف ، فيقبل إقراره به ، وتقـام عليه عقوبته ،

خلافاً للمزني . وإذا أقر بسرقة توجب القطع ، قُبِل في القطع . وأما المال ، فان كان تالفاً ، فقولان . أحدهما : يقبل ويتعلق الضمان برقبته . وأظهرهما: لا يقبل ويتعلق الضمان بذمته، إلا أن يصدقه السيد فيقبل . وإن كان باقياً ، نظر ، إن كان في يد السيد ، لم ينتزع منه إلا بتصديقه . وإن كان في يد العبد، فطريقان. أحدهما : أن في انتزاعه القولين في التالف . فان قلنا : لا ينتزع ، ثبت بدله في ذمته . والطريق الثاني : لا ينتزع قطعاً ،لأن يده كيد سيده. وقيل: إن كان المال في يد العبد ، قبل إقراره ، وإلا ، فلا . وإذا اختصرت قلت :في قوله أربعة أقوال[1]. أظهرها : لا يقبل . والثاني:يقبل . والثالث : يقبل إن كان المال باقياً . والرابع : عكسه . وإذا أقر بسرقة توجب القطع ، ثم رجع ، كان كاقراره بسرقة لا توجب القطع ، وسنذكرها في الضرب الثاني إن شاء الله تعالى . ولو أقر بالقصاص على نفسه ، فعفا المستحق على مال ، أو عفا مطلقاً ،وقلنا : إنه يوجب المال ، فوجهان . أصحهما عند البغوي : أنه يتعلق برقبته . وإن كذبه السيد ، لأنه إنما أقر بالعقوبة ، وإنما وجب المال بالعفو . والثاني : أن الحكم كذلك إن قلنا : موجب العمد القصاص ، فان قلنا : موجبه أحد الأمرين ، ففي ثبوت المال ، قولان ، كالاقرار بالسرقة الموجبة للقطع .

الضرب الثاني : مالا يوجب عقوبة ، فاذا أقر بدين جناية ، كغصب ، أو سرقة لا توجب قطعاً ، أو إتلاف ، وصدقه السيد ،تعلق برقبته ،فيباع فيه إلا أن يفديه السيد ، وإذا بيع فبقي شيء من الدين ، فهل يتبع به إذا عتق ؟ فيه قولان مذكوران في كتاب الجنايات .

قلت : أظهرهما وهو الجديد : لا يتبع . والله أعلم

(١) في نسخة الظاهرية : في قبوله أربعة أقوال .

وإن كذبه السيد ، لم يتعلق برقبته ، لكن يتعلق بذمته ، يُتبع به إذا عتق، ولا يخرج عن القولين فيما إذا بيع في الدين وبقي شيء ، لأنه إذا ثبت التعلق بالرقبة ، فكأن الحق انحصر فيها . وقيل بطردهما ، لأن الزائد على القيمة لا يتعلق بالرقبة ، كما أن أصل الحق هنا ، غير متعلق بها . ولو أقر بدين معاملة ، فان لم يكن مأذوناً له في التجارة ، لم يقبل إقراره على السيد ، بل يتعلق المُقَر به بذمته ، يطالب به إذا عتق ، سواء صدقه السيد ، أم لا . وإن كان مأذوناً فيها ، قُبل وأدى من كسبه وما في يده ، إلا اذا كان مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض . ولو أطلق المأذون الاقرار بالدين ، ولم يعين جهته ، لم ينزل على دين المعاملة على الأصح ، لاحتمال أنه باتلاف ، ولا فرق في دين الاتلاف بين المأذون وغيره . ولو حجر عليه ، فأقر بعد الحجر بدين معاملة ، إضافة الى حال الاذن ، لم تقبل إضافته على الأصح .

فرع

مَن نصفه حر ، لو أقر بدين جناية ، لم يقبل فيما يتعلق بسيده ، إلا أن يصدقه، ويقبل في نصفه . وعليه قضاؤه مما في يده . ولو أقر بدين معاملة ، فمتى صححنا تصرفه ، قبلنا اقراره عليه ، وقضيناه مما في يده . ومتى لم نصححه ، فاقراره كاقرار العبد .

فرع

إقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبة ، مردود ، وبدين الجناية ، مقبول ، إلا أنه اذا بيع فيه وبقي شيء ، لم يطالب به بعد العتق إلا أن يصدقه . وكذا إقراره بدين المعاملة ، لا يقبل على العبد .

قلت : قال ابن كج : لو عتق ، ثم أقر بأنه أتلف مالاً لرجل قبل العتق ، لم يلزم السيد ، ويُطالب به العبد . ولو قامت بينة بأنه كان جنى ، لزم السيدَ أقلُّ الأمرين من أرش جنايته وقيمته . قال البغوي : كل ما قبل إقرار العبد فيه كالعقوبات ، فالدعوى فيه تكون على العبد . وما لا يقبل المال المتعلق برقبته ، إذا صدقه السيد ، فالدعوى على السيد . فان ادعى في هذا على العبد ، إن كان له بينة ، سمعت ، وإلا ، فان قلنا : اليمين المردودة كالبينة ، سمعت رجاء نكوله . وإن قلنا : كالاقرار ، فلا. ولو ادعى على العبد دين معاملة متعلق بالذمة ، وله بينة ، ففي سماعها وجهان ، كالدَّين المؤجل . واللّه أعلم

فصــل

ومن المحجور عليهم ، المريض مرض الموت ، وفيه مسائل .

إحداها : يصح إقراره بالنكاح بموجبات العقوبات ، وبالدين والعين للأجنبي ، وفي إقراره للوارث بالمال ، طريقان . أحدهما : يقبل قطعاً . وأصحها عند الجمهور : على قولين . أظهرهما : القبول . واختار الروياني مذهب مالك رضي الله عنه ، وهو أنه إن كان متهماً ، لم يقبل إقراره ، وإلا ، فيقبل ، ويجتهد الحاكم في ذلك . فان قلنا : لا يقبل ، فهل الاعتبار في كونه وارثاً بحال الموت ، أم بحال الاقرار ؟ فيه وجهان . وقيل : قولان . أظهرهما وأشهرهما وهو الجديد : بحال الموت ، كالوصية. ولو أقر في مرضه أنه كان وهب وارثه ، وأقبضه في الصحة ، أشار الامام إلى طريقين .أحدهما : القطع بالمنع ،لأنه عاجز عن انشائه .والثاني : أنه على القولين في الاقرار للوارث ، ورجح الغزالي : المنع ، واختار القاضي حسين : القبول .

قلت : القبول أرجح . والله أعلم

ولو أقر لوارثه وأجنبي معاً ، وقلنا : لا يقبل للوارث ، قبل في نصفه للأجنبي على الأظهر .

الثانية : لو أقر في صحته بدين لرجل ، وفي مرضه بدين لآخر ، فهما سواء، كما لو ثبتا بالبينة ، وكما لو أقر بهما في الصحة أو المرض .

قلت : وحكى في « البيان » قولاً شاذاً : أن دين الصحة يقدم . والله أعلم

ولو أقر في صحته أو مرضه بدين ، ثم مات فأقر ورثته عليه بدين لآخر، فوجهان . أصحهما : يتساويان فيتضاربان في التركة ، لأن الوارث يقوم مقامه ،فصار كمن أقر بدينين . والثاني : يقدم ما أقر به المورث ، لأنه بالموت تعلق بالتركة ويجري الوجهان فيما لو ثبت الأول ببينة ثم أقر وارثه ، وفيما لو أقر الوارث بدين على الميت، ثم أقر لآخر بدين آخر ، وسواء كان الدين الأول مستغرقاً للتركة ، أم لا . ولو ثبت عليه دين في حياته أو موته ، ثم تردت بهيمة في بئر كان حفرها بمحل عدوان ، ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم ، الخلاف السابق فيما إذا جنى المفلس بعد الحجر عليه ، قاله في « التتمة » .

الثالثة : مات وخلّف ألف درهم ، فادعى رجل أنه أوصى له بثلث ماله، فصدقه الوارث ، ثم جاء آخر فادعى عليه ألف درهم ديناً ، فصدقه الوارث ، قيل: يصرف الثلث إلى الوصية ،لتقدّمها . وقيل : يقدم الدين على الوصية كما هو المعروف فيهما . ولو صدق مدعي دين ، أولا ، قدم قطعاً . ولو صدق المدعيين معاً ، قال الأكثرون: يقسم الألف بينهما أرباعاً ، لأنا نحتاج إلى الألف للدين ، وإلى ثلث المال الوصية ، فيخص الوصية ثلث عائل ، وهو الربع . وقال الصيدلاني : تسقط الوصية ، ويقدم الدين

كما لو ثبتا بالبينة ، وهذا هو الصواب ، سواء قدمنا عند ترتُّب (١) الاقرارين ، الأول منها ، أو سوينا .

الرابعة : أقر المريض بعين مال لانسان ، ثم أقر لآخر بدين مستغرق أو غير مستغرق ، سُلّمت العين للأول ، ولا شيء للثاني ، لأن المقرّ مات ولا يعرف له مال. ولو أقر بالدين أولاً ، ثم أقر بالعين ، فوجهان . أصحهما : أنه كما لو أقر بالعين أولاً ، لأن الاقرار في الدَّين ، لا يتضمن حجْراً في العين ، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه فيها . والثاني : يتزاحمان ، لتعارض القوة فيهما .

قلت : لو أقر المريض أنه أعتق عبداً في صحته ، وعليه دين يستغرق تركته ، نفذ عتقه ، لأن الاقرار ليس تبرعاً ، بل إخبار عن حق سابق . ولو ملك أخاه ، فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته ، وهو أقرب عصبته ، نفذ عتقه . وهل يرث ؟ يبنى على الاقرار للوارث . إن صححناه ، ورث ، وإلا ، فلا ، لأن توريثه يقتضي إبطال حريته ، فيذهب الارث . والله أعلم

فرع

يشترط في صحة الاقرار الاختيار ، فاقرار المكره ، باطل كسائر تصرفه .

قلت : ولو ضُرب ليقر ، فأقر في حال الضرب ، لم يصح . وإن ضرب ليصدق في القضية ، قال الماوردي في « الأحكام السلطانية » : إن أقر في حال الضرب ، ترك ضربه واستعيد إقراره ، فان أقر بعد الضرب ، عمل به ، ولو لم يستعده وعمل

(١) في « شرح الوجيز » ترتيب .

بالاقرار حال الضرب ، جاز مع الكراهة ، هذا كلام الماوردي . وقبول إقراره حال الضرب مشكل ، لأنه قريب من المكرَه ، ولكنه ليس مكرَهاً ، فان المكرَه هو مَن أكره على شيء واحد ، وهنا إنما ضُرب ليصدق ، ولا ينحصر الصدق في الاقرار . وقبول إقراره بعد الضرب ، فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقرّ . والله أعلم

الركن الثاني : المقَرُّ له ، وله ثلاثة شروط .

أحدها : أهلية استحقاق الحق المقرّ به . فلو قال : لهذا الحمار أو لدابة فلان عليّ ألف ، فهو لغو ، ولو قال : لفلان علي ألف بسببها ، صح على الصحيح ، ولزمه حملاً على أنه جنى عليها أو اكتراها . وقيل : لا يلزمه ، لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة ، ولا يتصور ذلك . ولو قال : لعبد فلان عليّ أو عندي ألف ، صح وكان إقراراً لسيده ، والاضافة فيه كالاضافة في الهبة وسائر الانشاءات .

فرع

قال : لحمْل فلانة عليّ أو عندي ألف ، فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يسند إلى جهة صحيحة ، كقوله : ورثه من أبيه ، أو وصى به له فلان ، فيعتبر إقراره . ثم إن انفصل ميتاً ، فلا حق له ، ويكون لورثة من قال : أنه ورثه منه ، أو للموصي ، أو ورثته في صورة الوصية . وإن انفصل حياً ، فان كان لدون ستة أشهر من حين الاقرار ، استحقه . وإن انفصل لأكثر من أربع سنين ، فلا ، لتيقن عدمه ، وإن انفصل لستة أشهر فأكثر ، ولدون أربع سنين ، فان كانت مستفرشة ، لم يستحق ، وإلا فقولان .

قلت : أظهرهما : الاستحقاق . والله أعلم

وإذا ثبت الاستحقاق ، فان ولدت ذكراً ، فهو له . أو ذكرين فأكثر ، فلهم بالسوية ، وإن ولدت أنثى ، فهو لها إن أسنده إلى وصية . وإن أسنده إلى إرث من أبيها ، فلها نصفه . وإن ولدت ذكراً وأنثى ، فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية ، وأثلاثاً إن أسنده إلى الارث . هذا إذا اقتضت جهة الوراثة ما ذكرنا ، فان اقتضت التسوية ، كولدَيْ أم ، سُوِّي بينهما في الثلث . قال الامام : ولو أطلق الارث ، سألناه عن الجهة وحكمنا بمقتضاها .

قلت : وهذا المحكي عن الامام قاله أيضاً ابن الصباغ . وقال الشيخ أبو حامد: يكون بينهما بالسوية . وإن تعذرت مراجعة المقر ، فينبغي القطع بالتسوية بينهما .

والله أعلم

الحال الثاني : أن يطلق الاقرار ، فيصح على الأظهر ، ويحمل على الجهة الممكنة في حقه .

الثالث : أن يسند إلى جهة باطلة ، كقوله : أقرَضنيه أو باعني به شيئاً ، فان أبطلنا المطلق ، فذا أولى ، وإلا ، فطريقان . أصحهما : القطع بالصحة . والثاني : على القولين في تعقيب الاقرار بما يرفعه .

قلت : الأصح في هذا الحال : البطلان ، وبه قطع الرافعي في « المحرر » .

والله أعلم

وإذا صححنا الاقرار في الحالين الآخرين ، فانفصل ميتاً ، فلا شيء له ، ويسأل المقر عن جهة إقراره من الارث والوصية ، ويعمل بمقتضاها . قال الامام : وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين ، وكان القاضي يسأل حسبة ليصل الحق [إلى] مستحقه. فان مات قبل البيان ، فكمن أقر لانسان فردّه . وفي تعليق الشيخ أبي حامد :أنه يطالب ورثته كنفسه . وإن انفصل حياً المدة المعتبرة ، فالكل له ، ذكراً كان أو

أنثى . وإن انفصل ذكر وأنثى ، فهو لهما بالسوية . ومتى انفصل حي وميت، فالميت كالمعدوم ، وينظر في الحي كما ذكرنا .

فرع

أقر لانسان بحمل جارية ،أو بهيمة ، ففيه التفصيل المذكور في الاقرار للحمل. فان قال : إنه أوصى له [به] ،صح ، وينظر ، كم بين انفصاله وبين يوم الاقرار من المدة ، على ما سبق . وفي حمل البهيمة ، يرجع إلى أهل الخبرة .وإن أطلق ، أو أسند إلى جهة باطلة ، ففيه الخلاف المذكور. ولو أقر بالحمل لرجل ، وبالأم لآخر ، فان جوزنا الاقرار بالحمل ، صح الاقراران ، وإلا ،فقال البغوي : هما جميعاً للآخر ، وهذا بناء على أن الاقرار بالحامل ، اقرار بالحمل ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

فرع

أقر لمسجد أو مقبرة أو نحوهما بمال ، وأسنده إلى جهة صحيحة ، كغلة وقف عليه ، صح .وإن أطلق ،فوجهان ،تخريجاً من القولين في الحمل،وعلى قياسه ما إذا أسند إلى جهة باطلة .

الشرط الثاني : عدم تكذيبه،فيشترط لصحة الاقرار ، عدم تكذيب المقر له، وإن كنا لا نشترط قبوله لفظاً . فان كذبه ، نظر ، ان كان المقر به مالاً ، ففيما يفعل به ، أوجه . أصحها : يترك في يد المقر . والثاني : ينتزعه الحاكم ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكه . فان رأى استحفاظ صاحب اليد ، فهو كما لو استحفظ

عدلاً آخر . والثالث : يجبر المقر له على القبول والقبض ، وهو بعيد . قال الشيخ أبو محمد : موضع الخلاف ، ما إذا قال المقر : هذا المال لفلان ، فكذبه . فأما إذا قال للقاضي : إن في يدي مالاً لا أعرف مالكه ، فالوجه : القطع بأن القاضي يتولى حفظه . وأبعد بعضهم ، فلم يجوز انتزاعه هنا أيضاً . ولو رجع المقر له عن الانكار ، وصدق المقر ، فقد حكى الامام ، والغزالي : القطع بقبوله وتسليم المال إليه . والأصح ، ما ذكره المتولي وغيره : أنه مفرع على الخلاف . فان قلنا : يترك في يد المقر ، وقد حكمنا ببطلان الاقرار ، فلا يصرف إلى المقر له إلا باقرار جديد . وإن قلنا : ينتزعه الحاكم ويحفظه ، لم يسلم اليه أيضاً . بل لو أقام بينة بأنه ملكه ، لم تسمع ، وإنما يسلم إليه إذا قلنا بالوجه الثالث البعيد ، فحصل أن المذهب عدم تسليمه اليه . ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له ، وقال : غلطت ، أو تعمدت الكذب ، فان قلنا : ينتزعه الحاكم ، لم يقبل . وإن قلنا : يترك في يده ، فوجهان. أصحهما عند الجمهور : يقبل . وأصحهما عند الامام، والغزالي : لا يقبل . وجميع ما ذكرناه في الاقرار ، بثوب ونحوه . فلو أقر له بعبده ، فأنكره ، فوجهان. أحدهما : يحكم بعتقه ،لأنهما لا يدعيانه، كاللقيط إذا قال بعد بلوغه: أنا عبد لزيد ، فأنكر زيد ، يحكم بحريته . وأصحهما : لا يعتق،لأنه محكوم برقه ، فلا يرفع إلا بيقين ، بخلاف اللقيط ، فانه محكوم بحريته بالدار، فعلى هذا ،حكمه كالثوب ونحوه على ما مضى . أما إذا كان المقر به قصاصاً ، أو حد قذف، فكذبه المقر له ، فيسقط ، وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع ،وأنكر رب المال السرقة ، فلا قطع . وفي المال ، ما سبق . ولو أقرت بالنكاح ،وأنكر ، سقط حكم الاقرار في حقه .

فرع

في يده عبدان ، فقال :أحدهما لزيد ،ثم عين أحدهما ، فقال زيد : إنما عبدي الآخر ، فهو مكذب للمقر في المعين ،ومدعٍ في الآخر.

فرع

ادعى على رجل ألفاً من ثمن مبيع،فقال : قد أقبضتك الألف، وأقام بينة على إقراره بالقبض يوم كذا ، فأقام المدعي بينة على إقرار المشتري بعد بينته بأنه ما أقبضه الثمن ، سمعت ،وألزم المشتري الثمن ،لأنه وإن قامت البينة على إقرار البائع بالقبض، فقد قامت أيضاً على أن صاحبه كذبه ، فيبطل حكم الاقرار،وبقي الثمن على المشتري .

الشرط الثالث:أن يكون معيَّناً نوع تعيين ، بحيث يتوقع منه الدعوى والطلب. فلو قال لانسان أو واحد من بني آدم أو من أهل البلد:علي ألف،ففي صحته وجهان بناءً على ما لو أقر بمعيَّن فكذبه ،هل ينتزع من يده ؟ إن قلنا :نعم ،لأنه مال ضائع ، فكذا هنا ، فيصح الاقرار،وإن قلنا : لا،لم يصح،وهو الصحيح.قال المتولي: فلو جاء واحد فقال : أنا الذي أردتَني ولي عليك ألف ، فالقول قول المقر بيمينه في نفي الارادة ونفي الألف .

الركن الثالث : المقرّ به . ويجوز الاقرار بالمجهول، فان كان ما يقر به عيناً ، فشرطه أن لا يكون مملوكاً للمقر حين يقر ، لأن الاقرار ليس إزالة مِلك ، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكاً المقر له. فلو قال : داري هذه ، أو ثوبي الذي أملكه، لزيد ، فهو متناقض ، وهو محمول على الوعد بالهبة ، ولو قال : مسكني هذا لزيد، كان إقراراً ،لأنه قد يسكن ملك غيره . ولوشهدت بينة أن الدار الفلانية أقر زيد بأنها ملك عمرو ، وكانت ملك زيد إلى أن أقر ، كانت الشهادة باطلة،نص عليه. ولو قال : هي لزيد وكانت ملكي [إلى] وقت الاقرار ، فاقراره نافذ . والذي ذكره بعده مناقض لأوله ، فيلغو كما لو قال: هي له،وليست له ، وهذا في الاعيان، وكذا في الديون إذا كان له على غيره في الظاهر دين،من قرض ، أو أجرة ، أو

ثمن ،فقال : ديني الذي على زيد لعمرو ، فهو باطل . ولو قال : الدَّين الذي على زيد هو لعمرو ، واسمي في الكتاب عاريَّة ، فهو إقرار صحيح ، فلعله كان وكيلاً عنه في الاقراض والاجارة والبيع . ثم عمرو يدّعي المال على زيد لنفسه ، فان أنكر ، فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد ، ثم على إقراره له بما على زيد ، وبين أن يقيم البينة أولاً على الاقرار ، ثم على الدين ،كذا ذكره القفال .

فرع

استثنى صاحب « التلخيص » ثلاثة ديون،ومنع الاقرار بها ، أحدها : الصداق في ذمة الزوج ، لا تقر به المرأة . والثاني : بدل الخلع في ذمة الزوجة ، لا يقر به الزوج . والثالث : أرش الجناية ، لا يقر به المجني عليه . فان كانت الجناية على عبد أو مال آخر ، جاز له أن يقر به للغير ،لاحتمال كونه له يوم الجناية . قال الأئمة: هذه الديون ، وإن لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءاً وتقديراً للوكالة ، فيجوز انتقالها بالحوالة ، وكذلك بالبيع على قول ، فيصح الاقرار بها عند احتمال جريان ناقلٍ . وحملوا ما ذكره صاحب « التلخيص » على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها ، بحيث لا يحتمل جريان ناقل ، لكن سائر الديون أيضاً كذلك ، فلا يصح الاستثناء ، بل الاعيان أيضاً بهذه المثابة . حتى لو أعتق عبده ، ثم أقر له السيد أو غيره عقيب الاعتاق بدَين أو غيره ، لم يصح ، لأن أهلية الملك لم تثبت له إلا في الحال ،ولم يجر بينهما ما يوجب المال . وقال أبو العباس الجرجاني في الديون الثلاثة : إن أسند الاقرار بها إلى جهة حوالة أو بيع ، إن جوزناه ، صح ،وإلا، فعلى قولين، كما لو أقر للحمل وأطلق .

فصل

يشترط في الحكم بثبوت ملك المقر له ، أن يكون المقرّ به تحت يد المقرّ وتصرفه . فان لم يكن ، لم يحكم به في الحال ، بل يكون ذلك دعوى أو شهادة ، ولا تلغية من كل وجه (١) بل لو حصل المقرّ به يوماً في يد المقر ، لزمه تسليمه إليه . ولو قال : العبد الذي في يد زيد مرهون عند عمرو بكذا ، ثم حصل العبد في يده ، يؤمر ببيعه في دين عمرو . ولو أقر بحرية عبد في يد رجل ، أو شهد بحريته ، فلم تقبل شهادته ، ثم اشتراه ، صح ، تنزيلاً للعقد على قول من صدقه الشرع، وهو البائع ، ويحكم بحريته ، وترفع يده عنه . ثم لاقراره صيغتان .

إحداهما : أن يقول : إنك أعتقته وتسترقه ظلماً ، قال الأصحاب: فيكون هذا العقد من جانب البائع بيعاً قطعاً ، وفي جانب المشتري ، وجهان . أحدهما : شراء . وأصحها : افتداء، لاعترافه بحريته . وحكى الامام ، والغزالي ، فيه ثلاثة أوجه . أصحها : بيع من البائع ، وافتداء من المقر . والثاني : بيع منهما . والثالث : فداء منهما . وهذا الثالث فاسد في جهة البائع . وكيف يصح أخذه المال ليفدي من يسترقه ؟! ولو قيل : فيه المعنيان ، وأيها أغلب ؟ فيه الخلاف ، لكان قريباً ، والمعتمد ما ذكرنا عن الأصحاب. ويثبت للبائع في هذا العقد خيار المجلس والشرط ، بناء على ظاهر المذهب ، أنه بيع من جانبه . ولو كان البيع بثمن معين ، فخرج معيباً ورده ، كان له استرداد العبد، بخلاف ما لو باع عبداً فأعتقه المشتري ، ثم خرج الثمن المعين معيباً ورده ، حيث لا يسترد العبد ، بل يعدل إلى القيمة لاتفاقها على العتق هناك . وأما المقر المشترى، فان جعلناه شراءً في حقه ، فله الخيار . وإن قلنا : فداء ، فلا . وعلى الوجهين: لا رد له لو خرج العبد معيباً ، لكن له أخذ الأرش على قولنا : شراء ، وليس له على الافتداء ، وذكر الامام : أنه إذا لم يثبت الخيار المشتري ، ففي ثبوته للبائع

(١) في « شرح الوجيز » : وليس معناه أنه يلغو قوله من كل وجه .

وجهان ، لأن هذا الخيار ، لا يكاد يتبعض . والمذهب على الجملة : ثبوته للبائع دون المشتري . وأما ولاؤه ، فموقوف . فان مات وخلّف مالاً ، ولا وارث له بغير الولاء ، نظر ، إن صدق البائعُ المشتري ، اخذه وردّ الثمن . وإن كذبه وأصر على كلامه الأول ، فظاهر النص : أن الميراث يوقف كما وقف الولاء . واعترض عليه المزني فقال : للمشتري أخذ قدر الثمن مما تركه . فان فضل شيء ، كان الفاضل موقوفاً ، لأن المشتري ، إما كاذب ، فالميت رقيق له وجميع أكسابه له ، وإما صادق ، فالاكساب للبائع إرثاً بالولاء ، وقد ظلمه بأخذ الثمن ، وتعذر استرداده ، فاذا ظفر بماله ، كان له أخذ قدر الثمن . واختلف الأصحاب ، فذهبت طائفة إلى ظاهر النص ، وتخطئه المزني ، قالوا : لأنه لو أخذه لأنه كسب مملوكه ، فقد نفاه باقراره ، أو بجهة الظفر بمال ظالمه ، فقد بذله تقرباً إلى الله تعالى باستنقاذ حر ، فلا يرجع فيه كالصدقة ، ولأنه لا يدري بأي جهة يأخذه ، فيوقف إلى ظهور جهته . وذهب ابن سريج وأبو إسحاق والجمهور : إلى أن المذهب ما قاله المزني . وقال ابن سريج وغيره : وقد نص عليه الشافعي رضي الله عنه في غير هذا الموضع . وحملوا ما ذكره هنا ، على أن ما يأخذه بجهة الولاء يكون موقوفاً وقف الولاء ، وهو ما زاد على قدر الثمن . فأما المستحق بكل حال ، فلا معنى للوقف فيه . قالوا : ويجوز الرجوع في المبذول فدية وقربة ، كمن فدى أسيراً ثم استولى المسلمون على الكفار ووجد الفادي عين ماله ، أخذه . وأما اختلاف الجهة ، فلا يمنع الأخذ بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق .

الصيغة الثانية : يقول : هو حر الأصل ، أو أعتق قبل أن تشتريه ، فاذا اشتراه ، فهو افتداء من جهته بلا خلاف . وأما إذا مات وخلف مالاً ، ولا وارث له بغير الولاء ، فماله لبيت المال ، وليس للمشتري أخذ شيء منه ، لأن المال بزعمه ليس للبائع حتى يأخذه عوضاً عن الثمن . ولو مات العبد قبل أن يقبضه (١) المشتري ،

---

(١) في الأصل : يبيعه ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن ، لأنه لا حرية في زعمه ، وقد تلف المبيع قبل القبض.

فرع

لو أقر بحرية عبد ، ثم استأجره ، لم يحل له استخدامه ، وللمكري مطالبته بالأجرة. ولو أقر بحرية جارية لزيد ، ثم قبل نكاحها [منه] ، لم يحل [له] وطؤها ، ولزيد مطالبته بمهرها .

قلت : ينبغي أن يقال : إن أقر أن زيداً أعتقها ، ولم يكن لها عصبة ، صح تزويجه ، لأنه إما مالك ، وإما مولى حرة . والله أعلم

فرع

قال : هذا العبد الذي في يدك غصبته من زيد ، ثم اشتراه منه ، ففي صحة العقد ، وجهان حكاهما الامام . أصحهما : الصحة ، كما لو أقر بحريته ثم اشتراه . والثاني : المنع ، لأن التصحيح هناك للافتداء والانقاذ من الرق ، ولا يتجه مثله في تخليص عبد الغير .

فرع

أقر بعبد في يده لزيد ، فقال العبد : بل أنا ملك عمرو ، يسلَّم إلى زيد ،لأنه في يد من يسترقه ، لا في نفسه . فلو أعتقه زيد ، لم يكن لعمرو تسلم رقبته ، ولا التصرف فيها ، لما فيه من إبطال ولاء زيد . وهل له أخذ أكسابه ؟ وجهان . وجه المنع : أن الاكساب ، فرع الرق ، ولم يثبت .

الركن الرابع : الصيغة ، وفيه مسائل .

إحداها : قول القائل : لفلان كذا ، صيغة إقرار . وقوله : لفلان عليَّ ،أو في ذمتي ، إقرار بالدين ظاهراً .وقوله:عندي أو معي،إقرار بالعين . وقوله :له قِبَلي كذا ،قال في « التهذيب »:هو دين ، ويشبه أن يكون صالحاً للدين والعين جميعاً .

قلت : قوله : إقرار بالعين ، معناه : أنه يحمل عند الاطلاق على أن ذلك عين مودَعة له عنده ، قاله البغوي . قال : حتى لو ادعى بعد الاقرار أنها كانت وديعة تلفت ، أو رددتها ، قبل قوله بيمينه ، بخلاف ما إذا قلنا : إنه دين، فانه لو فسره بالوديعة ، لم يقبل . وإذا ادعى التلف ، لم ينفعه ، بل يلزمه الضمان . والله أعلم

الثانية : إذا قال رجل :لك علي ألف [١]،فقال في جوابه: زن ،أو خذ ،أو استوف ، أو اتزن ، لم يكن إقراراً،لأنه ليس بالتزام،ولأنه قد يذكر للاستهزاء . وفي وجه : اتزن ،إقرار،وهو شاذ . ولو قال : خذه،أو زنه ،أو اختم عليه ،أو شده في هميانك ، أو اجعله في كيسك،أو اختم عليه، فليس باقرار على الصحيح، وقال الزبيري : إقرار .

قلت : ولو قال : وهي صحاح ، فهو كقوله :زنه . والله أعلم

ولو قال في الجواب : بلى ،أو نعم ، أو أجل ، أو صدقت ، فهو إقرار . قالوا: ولو قال : لعمري ، فاقرار . ولعل العرف يختلف فيه . ولو قال : أنا مقرٌّ به ، أو

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : إذا قال لرجل لي عليك ألف.وفي « شرح الوجيز » : إذا قال لغيره : لي عليك ألف .

بما تدعيه ، أو لستُ منكراً له ، فهو إقرار له . ولو قال : أنا مقر ، ولم يقل : به ، أو لست منكراً ، أو أنا أقر ، فليس باقرار . ولو قال : أنا أقر لك به ، فوجهان، نسب الامام كونه إقراراً إلى الأكثرين . وفيه نظر ، لأن العراقيين ،والقاضي حسين، والروياني ، قطعوا بأنه ليس باقرار ، ولا يحكى الوجه الآخر إلا نادراً . ويتأيد كونه إقراراً ، بأنهم اتفقوا على أنه لو قال : لا أنكر ما تدعيه ، كان إقراراً ، ولم يحملوه على الوعد بالاقرار . ولو قال : لا أنكر أن يكون محقّاً ، فليس باقرار، لجواز أن يريد في شيء آخر . فلو قال : فيما يدعيه ، فهو إقرار . ولو قال : لا أقر به ولا أنكره ، فهو كسكوته ، فيجعل منكراً ، وتعرض عليه اليمين . ولو قال : أبرأتني منه ، أو قضيته ، فاقرار ، وعليه بينة القضاء والابراء [1] . وفي وجه : أبرأتني منه ، ليس باقرار ، وليس بشيء . ولو قال : أقررت بأنك أبرأتني واستوفيت مني [2] فليس باقرار . ولو قال في الجواب : لعل،أو عسى ، أو أظن، أو أحسب، أو أقدّر ، فليس باقرار .

فرع

اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق ، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب . ومن جملتها: الأداء،والابراء ، وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والانكار ، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب :إن صدقت، وما في معناها،إقرار على غير هذه الحالة . فأما إذا اجتمعت القرائن ، فلا تجعل إقراراً . ويقال : فيه خلاف،لتعارض اللفظ والقرينة، كما لو قال : لي عليك ألف،

(١) في مخطوطة الظاهرية و« شرح الوجيز » : وعليه بينة القضاء أو الابراء .

(٢) في مخطوطة الظاهرية : ابرأتني أو استوفيت مني .

فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء: لك علي ألف ، فان المتولي حكى فيه وجهين.

المسألة الثالثة : إذا قال : أليس لي عليك ألف؟فقال : بلى ، كان إقراراً . وإن قال : نعم ، فوجهان . وقطع البغوي وغيره، بأنه ليس باقرار كما هو مقتضاه في اللغة .وقطع الشيخ أبو محمد والمتولي ، بأنه إقرار، وصححه الامام ،والغزالي ؛ لأن الاقرار يحمل على مفهوم أهل العرف ،لا على دقائق العربية .

قلت : هذا الثاني :هو الأصح ، وصححه الرافعي في « المحرر ». والله أعلم

ولو قال : هل لي عليك ألف ؟ فقال : نعم ، فاقرار .

الرابعة : إذا قال : اشتر مني عبدي هذا،فقال :نعم، فهو إقرار منه للقائل، كما لو قال : أعتق عبدي هذا ، فقال : نعم . ويمكن أن يجيء فيه خلاف مما سبق في الصلح،كقوله :بعنيه .ولو قال:اشتر مني هذا العبد ،ولم يقل : عبدي ، فالتصديق بـ« نعم » يقتضي الاعتراف بأنه يملك بيعه،لا أنه يملك العبد.ولو ادعى عليه عبداً،فقال: اشتريته من وكيلك فلان ، فهو إقرار له ،ويحلف المدعي أنه ما وكل فلاناً في بيع .

الخامسة : لو قال : له علي ألف في علمي، أو فيما أعلم، أو أشهد ،فهي إقرار.

السادسة : قال: كان علي ألف لفلان ، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له ، فهل هو إقرار في الحال عملاً بالاستصحاب ، أم لا،لأنه غير معترف في الحال ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحهما : الثاني، وقد أشار إلى تصحيحه الجرجاني . والله أعلم

ويقرب منه الخلاف ، فيما لو قال: هذه داري أسكنت فيها فلاناً ، ثم أخرجته

منهـا ، فهو إقرار باليد على الأصح ، لأنه اعترف بثبوتها وادعى زوالهـا . وقال أبو علي الزجاجي: ليس باقرار ،لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته . ولو قـال : ملكتها من زيد ، فهو إقرار ،بملكها لزيد ، ودعوى انتقالها منه ، فان لم يصدقه زيد ، لزمه ردها إليه .

قلت : ولو قال : ملكتها على يد زيد ، لم يكن إقراراً له بها ، لأن معنـاه: كان زيد وكيلاً،قاله البغوي . **والله أعلم**

السابعة : قال : اقض الألف الذي لي عليك ، فقـال : نعم ، فاقرار على المذهب ، وتردد فيه بعضهم . وإن قال : أعط غداً ، أو ابعث من يأخذه ، أو أمهلني يوماً ، أو أمهلني حتى أصـرف الدراهم أو أفتـح الصندوق ، أو اقعد حتى تأخذ،أو لا أجد اليـوم ، أو لا تدم المطالبة ، أو ما أكثر ما تتقاضى ،أو والله لأقضينَّك ،فجميع هذه الصور إقرار عند أبي حنيفة رضي الله عنه. وأما أصحابنا، فمختلفون في ذلك ، والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر . ومثله : أسرج دابة فلان هذه ، فقال : نعم.أو أخبرني زيد أن لي عليك ألفاً ، فقال : نعم ،أو متى تقضي حقي ؟ فقال : غداً .

الثامنة : قال له رجل :غصبت ثوبي . فقال : ما غصبت من أحد قبلـك ولا بعدك ، فليس باقرار . ولو قال : ما لزيد عليَّ أكثر من مائة درهم ، فليس باقرار على الأصح . وقيل : تلزم المائة . ولو قال معسر لزيد :عليَّ ألف إن رزقني الله تعالى مالاً ، فقيل : ليس باقرار للتعليق ، وقيل : إقرار ، وذلك بيان لوقت الأداء . والأصح : أنه يستفسر ، فان فسر بالتأجيل ، صح ، وإن فسر بالتعليق ، لغا .

قلت : وإن تعذر استفساره ،قال في « العدة »: الأصح: أنه إقرار . والله أعلم

التاسعة : شهد عليه شاهد،فقال : هو صادق، أو عدل ، فليس بإقرار. وإن قال : صادق فيما شهد به ، أو عدل فيه ، كان إقراراً ،قاله في « التهذيب » .

قلت : في لزومه بقوله : عدل ، نظر . والله أعلم

وإن قال : إن شهد عليّ فلان وفلان ، أو شاهدان بكذا ، فهما صادقان ، فهو إقرار على الأظهر وإن لم يشهدا . وإن قال : إن شهدا صدّقتهما ، فليس باقرار قطعاً .

قلت : في « البيان » : أنه لو قال : لي عليك ألف درهم ، فقال : لزيد عليّ أكثر مما لك ، لا شيء عليه لواحد منهما . ولو قال : لي مخرج من دعواك ، فليس باقرار . قال : ولو قال : لي عليك ألف أقرضتكه ، فقال : والله لا اقترضت منك غيره ، أو كم تمنّ به ، قال الصميري : هو إقرار . وإن قال : ما أعجب هذا ، أو نتحاسب ، فليس باقرار . وإن كتب : لزيد علي ألف درهم ، ثم قال للشهود: اشهدوا علي بما فيه ، فليس باقرار ، كما لو كتب عليه غيره ، فقال : اشهدوا بما كتب. وقد وافقنا أبو حنيفة رضي الله عنه على الثانية دون الأولى . ووافق أيضاً على ما لو كتب ذلك على الأرض . ولو قال : له علي ألف إن مت ،فليس باقرار، كما لو قال : إن قدم زيد . ووافق أبو حنيفة رضي الله عنه على الثانية دون الأولى. ولو قال : له عليّ ألف إلا أن يبدوَ لي،فوجهان حكاهما في « العدة » و « البيان»، ولعل الأصح :أنه إقرار . والله أعلم

العاشرة : إقرار أهل كل لغة بلغتهم وغير لغتهم ، إذا عرفوها ، صحيح . ولو أقر عجمي بالعربية وقال : لم أفهم معناه ، بل لُقّنت فتلقنت ، صدّق بيمينه إن كان ممن يجوز أن لايعرفه ، وكذا الحكم في جميع العقود والحلول .

الحادية عشرة : لو أقر ثم قال : كنتُ يوم الاقرار صغيراً ، وهو محتمل ، صدّق بيمينه ، لأن الأصل الصغر . وكذا لو قال : كنت مجنوناً وقد عهد له جنون. ولو قال : كنت مكرهاً ، وهناك أمارة الاكراه ،من حبس ، أو موكل عليه ، فكذلك. فان لم تكن أمارة ، لم يقبل قوله . والأمارة ، إنما تثبت باعتراف المقرّ له ،أو بالبينة، وإنما يؤثر إذا كان الاقرار لمن ظهر منه الحبس والتوكيل . أما إذا كان في حبس زيد ، فلا يقدح ذلك في الاقرار لعمرو .

الثانية عشرة : إذا شهد الشهود ،وتعرضوا لبلوغه،وصحة عقله، واختياره،فادعى المقر خلافه ، لم يقبل،لما فيه من تكذيب الشهود ، ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ والعقل ، والطواعية ، والحرية ، والرشد،ويكتفى بأن الظاهر وقوع الشهادة على الاقرار الصحيح . وفي قول : يشترط التعرض لحرية مجهول الحرية . وخرّج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط ،والمذهب الصحيح : الأول .قال الأصحاب : وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائعاً في صحة عقله وبلوغه، احتياط . ولو تقيدت شهادة الاقرار بكونه طائعاً ،وأقام [الشهود] عليه بينة بكونه كان مكرهاً ، قدّمت بينة الاكراه ، ولا تقبل الشهادة على الاكراه مطلقاً ، بل لا بد من التفصيل.

* * *

الباب الثاني
في الاقرار بالمجمل

يصح الاقرار بالمجمل ، وهو المجهول للحاجة . وسواء أقرّ به ابتداءً، أو جواباً عن دعوى معلومة ، بأن قال : لي عليك ألف ، فقال : لك عليَّ شيء . والألفاظ التي تقع فيها الجهالة ، لا تنحصر . وبيّن الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم ما كثر استعماله ، ليُعرف ويقاس عليه غيره . وألفاظ الباب سبعة أضرب .

[الضرب] **الأول** : شيء . فاذا قال :له عليّ شيء ،طلبنا تفسيره. فان فسره بما يُتموّل، قُبِل ، كثر أم قل ، كرغيف ، وفلس ، وتمرة حيث يكون لها قيمة . وإن فسره بما لا يتمول ، لكنه من جنس ما يتمول ، كحبة حنطة ، أو شعير ، أو قمع باذنجانة (١) ، فوجهان . أحدهما : لا يقبل تفسيره ، لأنه لايصح التزامه ، كما لاتصح الدعوى به . وأصحها : القبول ، لأنه شيء يحرم أخذه ، ويجب على آخذه رده ، وقولهم : لاتصح الدعوى به ، ممنوع . والتمرة أو الزبيبة حيث لا قيمة لها ، على الوجهين . وقيل : يقبل قطعاً . وإن لم يكن من جنس ما يتمول ، فاما أن يجوز اقتناؤه لمنفعته ، وإما ، لا . فالأول : كالكلب المعلَّم ، والسرجين ، وجلد الميتة القابل الدباغ ، والكلب القابل للتعليم ، والخمر المحترمة ، فيقبل التفسير به على الأصح . وأما الثاني : فكالخنزير ، وجلد الكلب ، والكلب الذي لا نفع فيه ، والخمر غير المحترمة ، فلا يقبل تفسيره به على الأصح . ولو فسره بوديعة ، قُبل على الصحيح ، لأن عليه ردها عند الطلب ، وقد يتعدى فتصير مضمونة ، وقيل : لا ، لأنها في يده،

(١) قمع الباذنجانة : ما التزق بأسفلها ، وهو الذي تتعلق به .

لا عليه . ولو فسر بحق الشفعة ، قُبل . ولو فسره برد السلام والعيادة ، لم يقبل .
قال البغوي : ولو قال : له حق ، قبل تفسيره بها ، وفيه نظر .
قلت : ولو فسر الشيء بحدّ قذفٍ ، قبل على الأصح . والله أعلم

فرع

لو قال : غصبت منه شيئاً ، قَبِل تفسيرُه ما يقبلُ في الصور السابقة إذا احتمله اللفظ ، احترازاً من الوديعة وحق الشفعة ، ويقبل بالخمر والخنزير ، نص عليه في « الأم » ، لأن الغصب لا يشعر بالتزام وثبوت مال ، وإنما يقتضي الأخذ ، بخلاف قوله: عليّ . ولو قال : له عندي شيء ، وفسر بخمر أو خنزير ، قبل على الصحيح .
قلت : قال أصحابنا : لو قال : غصبتك ، أو غصبتك ما تعلم ، لم يلزمه شيء ، لأنه قد يغصبه نفسه ، فيحبسه . ولو قال :غصبتك شيئاً ، ثم قال : أردت نفسك ، لم يقبل .
والله أعلم

فصل

إذا أقر بمجمل ، إما شيء ، وإما غيره ، مما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وطالبناه بالتفسير ، فامتنع ، فأربعة أوجه . أصحها : نحبسه كحبسنا من امتنع من أداء الحق ، لأن التفسير واجب عليه . والثاني : لا يحبس ، بل ينظر ، إن وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى ، وامتنع من التفسير ، جُعل منكراً ، وتُعرض اليمين عليه . فان أصر ، جعل ناكلاً ، وحلف المدعي . وإن أقر ابتداءً ، قلنا للمقر له : ادّعِ عليه حقك ، فاذا ادعى ، وأقر بما ادعاه ، أو أنكر ، أجرينا عليه حكمه . وإن قال : لا أدري ،

جعلناه منكراً ، فان أصر ، جعلناه نا كلاً ، لأنه إذا أمكن حصول الغرض بلا حبس، لا يحبس . والثالث : إن أقر بغصب ، وامتنع من بيان المغصوب ، حبس . وإن أقر بدين مبهم ، فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني . والرابع : إن قال : عليّ شيء ، وامتنع من التفسير ، لم يحبس . وإن قال : عليّ ثوب ، أو فضة ، ولم يبين ،حبس، قاله أبو عاصم العبادي ، وأشار في شرح كلامه ، إلى أن الفرق مبني على قبول تفسير الشيء بالخمر ونحوه ، فانه لا يتوجه بذلك مطالبة وحبس .

فرع

إذا فسر المبهم بتفسير صحيح ، وصدقه المقر له ، فذاك ، وإلا فليبين جنس الحق وقدره ، وليدّعه ، والقول قول المقر في نفيه . ثم إن كان من جنسه ، بأن فسر بمائة درهم ، وقال المقر له : لي عليك مائتان ، فان صدقه على إرادة المائة ، فهي ثابتة باتفاقهما ، ويحلف المقر على نفي الزيادة . وإن قال : أراد به المائتين ، حلف المقر أنه ما أراد المائتين ، وأنه ليس عليه إلا مائة ، ويجمع بينهما بيمين واحدة على الصحيح. وقال ابن المرزبان : لا بد من يمينين . فلو نكل ، حلف المقر له على استحقاق المائتين ، ولا يحلف على الارادة ، لأنه لا اطلاع له عليها،بخلاف ما إذا مات المقر، وفسر الوارث، فادعى المقر له زيادة ،فيحلف الوارث على نفي إرادة المورّث، لأنه قد يطلع من حال مورّثه على مالا يطلع عليه غيره . قال البغوي: ومثله:لو أوصى بمجمل ومات ، ففسره الوارث، وزعم الموصى له أنه أكثر ، يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة ، ولا يتعرض للارادة. والفرق ، أن الاقرار إخبار عن حق سابق ،وقد يطلع عليه ،والوصية إنشاء أمر على الجهالة ،وبيانه:إذا مات [الموصي] إلى الوارث . وأما إذا كان ما ادعاه من غير جنس ما فسر به المقر ، فينظر ، إن صدقه في الارادة ،فقال : هو ثابت لي عليه ،ولي عليه مع ذلك كذا ، ثبت المتفق

عليه ، والقول قول المقر في نفي غيره . وإن صدقه في الارادة، وقال: ليس لي عليه ما فسر [به]، إنما لي عليه كذا ، بطل حكم الاقرار بردّه، وكان مدعياً عليه في غيره. وإن كذبه في دعوى الارادة ، وقال : إنما أراد ماادعيته ، حلف المقر على نفي الارادة ، وبقي ما يدعيه [(١)]. ثم إن كذبه في استحقاق المقرّ به ، بطل الاقرار فيه ، وإلا ، فيثبت . ولو اقتصر المقر له على دعوى الارادة ، وقال : ما أردتَ بكلامك ما فسرته به ، وإنما أردتَ كذا ، إما من جنس المقر به ، وإما من غيره، لم يسمع منه، لأن الاقرار والارادة لايثبتان حقاً له ، بل الاقرار إخبار عن سابق، فعليه أن يدعي الحق نفسه . قال الامام : وفيه وجه ضعيف : أنه تقبل دعوى الارادة المجردة ، وهو كالخلاف في أن من ادعى على خصمه أنه أقر له بألف درهم ، هل تسمع ؟ أم عليه أن يدعي نفس الألف ؟ أما إذا ضم إلى الارادة دعوى الاستحقاق، فيحلف المقر على نفيها على التفصيل المذكور . واتفقت الطرق عليه .

فرع

مات المبهم قبل التفسير ، طولب به الوارث . فان امتنع ، فقولان . أحدهما : يوقف مما ترك أقل ما يتمول . وأظهرهما : يوقف الجميع ، لأنه مرتهن بالدين .

الضرب الثاني : مال . فاذا قال : له عليّ مال، قُبل تفسيره بأقل ما يتمول ، ولا يقبل بما ليس بمال ، كالكلب وجلد الميتة ، قال الامام : والوجه : القبول بالتمرة الواحدة حيث يكثر ، لأنه مال ، وإن لم يتمول في ذلك الموضع ، هكذا ذكره العراقيون ، وقالوا : كل متمول مال ، ولا ينعكس . وتلتحق حبة الحنطة بالتمرة . وفي قبول التفسير بالمستولدة ، وجهان . أصحها : القبول . وإن فسره بوقف عليه ،

---

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : ونفى ما يدعيه .

فيشبه أن يخرج على الخلاف في الملك في رقبة الوقف ، هل هو الموقوف عليه ؟

فرع

إذا قال : له عليّ مال عظيم ، أو كثير ، أو كبير ، أو جليل ، أو نفيس ، أو خطير ، أو غير تافه ، أو مال ، وأي مال ، قبل في تفسيره بأقل ما يتمول ، لأنه يحتمل أن يريد عظيم خطره بكفر مستحله ، وإثم غاصبه . وقد قال الشافعي رضي الله عنه : أصل ما أبني عليه الاقرار ، أن لا ألزم إلا اليقين ، وأطرح الشك ، ولا أستعمل الغلبة . وحكي وجه غريب : أنه يجب أن يزيد تفسير « مال عظيم » على تفسير مطلق المال ، ليكون لوصفه بالعظم فائدة . ولو قال : مال حقير ، أو قليل ، أو خسيس ، أو طفيف ، أو تافه ، أو نزر ، أو يسير ، فهو كقوله : مال . وتحمل هذه الصفات على احتقار الناس إياه ، أو على أنه فانٍ .

فرع

قال : لزيد عليّ مال أكثر من مال فلان ، يقبل تفسيره بأقل متمول وإن كثر مال فلان ، لأنه يحتمل أنه أكثر لكونه حلالاً ، وذلك حرام أو نحوه .

قلت : وسواء علم مال فلان ، أم لم يعلم . والله أعلم

وكما أن القدر مبهم ، فكذلك الجنس والنوع . ولو قال: له عليّ أكثر من مال فلان عدداً ، فالابهام في الجنس والنوع . ولو قال : له عليّ من الذهب أكثر من مال فلان ، فالابهام في القدر والنوع . ولو قال :من صحاح الذهب ، فالابهام في القدر وحده . ولو قال: لزيد عليّ [مال] أكثر مما شهد به الشهود على فلان ،

قبل في تفسيره بأقل متمول، لاحتمال أن يعتقدهم شهود زور ، ويقصد أن القليل الحلال أكثر بركة من كثير يؤخذ بالباطل . ولو قال: أكثر مما قضى به القاضي على فلان ، فوجهان . أحدهما : يلزم القدر المقضيّ به ، لأن قضاء القاضي محمول على الحق . وأصحها : أنه كالشهادة ، فيقبل أقل متمول، لأنه قد يقضي بشهادة كاذبين. ولو قال : لزيد عليّ أكثر مما في يد فلان ، قبل أقل متمول . ولو قال: له عليّ أكثر مما في يد فلان من الدراهم ، لم يلزمه التفسير بجنس الدراهم ، لكن يلزم بذلك العدد من أي جنس فسّر ، وزيادة أقل متمول ، كذا قاله في « التهذيب ». وهو مخالف ما سبق من وجهين . أحدهما : إلزام ذلك العدد . والثاني : إلزام زيادة، لأن التأويل الذي ذكرناه الأكثرية، ينفيها جميعاً . ولو قال: له عليّ من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدراهم ، وكان في يد فلان ثلاثة دراهم ، قال البغوي: يلزمه ثلاثة دراهم ، وزيادة أقل ما يتمول. والأصح : ما نقله الامام أنه لا يلزمه زيادة ، حملاً للاكثر على ما سبق . وحكى عن شيخه : أنه لو فسره بما دون الثلاثة، قبل أيضاً . ولو كان في يده عشرة دراهم ، وقال المقر : لم أعلم ، وظننتها ثلاثة ، قبل قوله بيمينه .

الضرب الثالث : كذا . فاذا قال : لزيد عليّ كذا ، فهو كقوله : له شيء . ولو قال : كذا كذا ، فهو كقوله : كذا ، والتكرار للتأكيد . ولو قال : كذا وكذا ، لزمه التفسير بشيئين متفقين أو مختلفين ، بحيث يقبل كل واحد منها في تفسير « كذا » . وهكذا الحكم فيما لو قال : علي شيء شيء ، أو شيء وشيء . ولو قال : كذا درهم ، يلزمه درهم فقط ، وكان الدرهم تفسير ما أبهمه. وفي وجه لأبي إسحاق : يلزمه عشرون درهماً إن كان يعرف العربية ، لأنه أول اسم مفرد ينتصب الدرهم المفسر بعده . والصحيح المعروف : هو الأول . وأجاب الأصحاب، بأن في تفسير المبهم لا ينظر إلى الاعراب . ولهذا لو قال : عليّ كذا درهم

صحيح ، لا يلزمه مائة درهم بالاتفاق، وإن كان ذلك مقتضاه بالعربية . ولو قال : كذا درهم من غير صفة الصحة ، لزمه أيضاً درهم على الصحيح . وقيل : بعض درهم . ولو قال : كذا درهم ،بالرفع ، لزمه درهم بلا خلاف . ولو قال : كذا درهم ،ووقف عليه ساكناً ، فكالمخفوض . ولو قال : كذا كذا درهماً ، لزمه درهم فقط على الصحيح . وقال أبو إسحاق : يلزمه أحد عشر درهماً إن عرف العربية. ولو قال : كذا كذا درهم ،أو درهم ، لزمه درهم فقط .ويجيء في المخفوض الوجه السابق ببعض درهم . ولو قال : كذا وكذا درهماً ،لزمه درهمان على المذهب .وفي قول : درهم . وفي قول : درهم وشيء. وفي وجه لأبي إسحاق : أحد وعشرون درهماً إن عرف العربية . ولو قال : كذا وكذا درهم ،بالرفع ، لزمه درهم فقط على المذهب . وقيل : قولان . ثانيهما :درهمان . ولو قال : كذا وكذا درهمٍ ،بالخفض، لزمه درهم فقط . ويمكن أن يخرج مما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم ، أو لا يلزمه إلا بعض درهم . ولو قال : كذا وكذا درهماً ، فان قلنا : إذا كرر مرتين يلزمه درهمان ، لزمه هنا ثلاثة . وإن قلنا : درهم، فكذا هنا .

فصل

قال: له عليّ ألف ودرهم ، أو ودراهم ،أو ألف وثوب ، أو ألف وعبد، فله تفسيره بغير جنس ما عطف عليه . ولو قال : له خمسة عشر درهماً ،فكلها دراهم . ولو قال:خمسة وعشرون درهماً،فكلها دراهم على الصحيح.وقال ابن خيران ،والاصطخري: العشرون دراهم ، والخمسة مجملة تفسرها . وعلى هذا الخلاف قوله : مائة وخمسة وعشرون درهماً ، وقوله : ألف ومائة وخمسة وعشرون درهماً ،وكذا قوله :ألف وثلاثة أثواب، وقوله: مائة وأربعة دنانير ، وقوله : مائة ونصف درهم . ولو قال : درهم ونصف، أو عشرة دراهم

ونصف ، فالكل دراهم على الصحيح (١) الذي قاله الأكثرون ، لأنه المعروف في الاستعمال . وقال الاصطخري وجماعة: النصف مجملة .ولو قال: نصف ودرهم، فالنصف مجمل . ولو قال : مائة وقفيز حنطة ، فالمائة مجملة ،بخلاف قوله : مائة وثلاثة دراهم، لأن الدراهم تصلح تفسيراً للكل ، والحنطة لاتصلح تفسيراً للمائة ،لأنه لايصح أن يقال : مائة حنطة . ولو قال : عليَّ ألف درهم، برفعهما وتنوينهما ، فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم ، كأنه قال : الألف مما قيمة الألف منه درهم .

الضرب الرابع :درهم .قد ذكرنا في الزكاة،أن دراهم الاسلام المعتبر بها نُصُب الزكاة والديات وغيرها ، كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، وكل درهم ستة دوانيق . ونزيد الآن ، أن الدانق: (٢) ثمان حبات وخمسا حبة ، فيكون الدرهم خمسين حبة وخمسي حبة ، والمراد : حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر ،لكن قطع من طرفيها ما دق وطال ، والدينار : اثنان وسبعون حبة منها ، هكذا نقل عن رواية أبي القاسم بن سلاَّم ، وحكاه الخطابي عن ابن سريج . وفي « الحلية » للروياني ،أن الدانق ثمان حبات ، فيكون الدرهم :ثمانية وأربعين حبة . فاذا قال : له عليَّ درهم، أو ألف درهم ، ثم قال : هي ناقصة ، نظر ،إن كان في بلدٍ دراهمه تامة ،وذكره متصلاً ، قبل على المذهب ، كما لو استثنى . وقال ابن خيران: في قبوله قولان بناءً على تبعيض الاقرار . وإن كان ذكره منفصلاً ، لم يقبل ، ولزمه دراهم الاسلام، إلا أن يصدقه المقر له ، لأن لفظ الدرهم صريح فيه وضعاً وعرفاً . واختار الروياني أنه يقبل ، لأن اللفظ يحتمله ، والأصل براءة ذمته ، وحكاه عن جماعة من الأصحاب ، وهو شاذ . وإن كان في بلدٍ دراهمه ناقصة ، قبل إن ذكره متصلاً قطعاً، وكذا إن ذكره منفصلاً على الأصح المنصوص . ويجري هذا الخلاف ، فيمن أقر

(١) في مخطوطة الظاهرية : على الاصح .

(٢) في الاصل : الدوانق ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

في بلد وزن دراهمه أكثر من دراهم الاسلام، مثل غزنة [١]، هل يحمل على دراهم البلد، أو الاسلام؟ فان قلنا بالأول، فقال: عنيت دراهم الاسلام، منفصلاً، لم يقبل. وإن كان متصلاً، فعلى الطريقين. والمذهب: القبول.

فرع

الدرهم عند الاطلاق، إنما يستعمل في النقرة. فلو أقر بدراهم، وفسرها بفلوس لم يقبل، وإن فسرها بمغشوشة، فكالتفسير بالناقصة، لأن نقرتها تنقص عن التامة، فيعود فيه التفصيل في الناقصة. ولو فسر بجنس رديء من الفضة، أو قال: أردت من سكة كذا، وهي جارية في ذلك البلد، قبل، كما لو قال: له عليّ ثوب، ثم فسره برديء، أو بما لا يعتاد أهل البلد لبسه، بخلاف ما لو فسر بناقصة، لأنه يرفع شيئاً مما أقر به، ويخالف البيع، فانه يحمل على سكة البلد، لأنه إنشاء معاملة. والغالب، أن المعاملة في كل بلد [٢] بما يروج فيه. والاقرار، إخبار عن حق سابق، وربما ثبت في ذمته ببلد آخر، فوجب قبول تفسيره. وقال المزني: لا يقبل تفسيره بغير سكة البلد، ووافقه غيره من أصحابنا.

فرع

إذا قال: له عليّ درهم أو دريهمات، أو درهم صغير، أو دراهم صغار، ففيه اختلاف كثير. والأصح: أنه كقوله: درهم أو دراهم، فيعود في تفسيره بالنقص التفصيل السابق، وليس التقييد بالصغير كالتقييد بالنقصان، لأن لفظ الدراهم صريح

---

(١) غزنة: مدينة عظيمة في طرف خراسان، وقد نسب إليها كثير من العلماء والسلف الصالح. والصحيح أنه يقال لها: غزنين.

(٢) في الأصل: في كل بيع، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية، و «شرح الوجيز».

في الوزن ، والوصف بالصغير يجوز أن يكون في الشكل ، ويجوز بالاضافة إلى غيرها . وقال الشيخ أبو حامد ومن تابعه : يلزمه من الدراهم الطبريّة ، وهي أربعة دوانيق . ولم يفرقوا بين بلد وبلد ، لأن ذلك المتيقن . ولو قال : درهم كبير ، فالمذهب : أنه كقوله : درهم . وقال البغوي : إن كان في بلدٍ أوزانهم ناقصة أو تامة، لزمه درهم الاسلام . وإن كانت أوزانهم زائدة ، لزمه من نقد البلد . وفي إلزامه نقد البلد إشكال .

فرع

إذا قال : عليّ دراهم ، لزمه ثلاثة، ولا يقبل تفسيره بأقل منها . ولو قال: دراهم عظيمة ،أو كثيرة ، فثلاثة، ويجيء فيه الوجه السابق في «مال عظيم»ولو قال: عليّ أقل أعداد الدراهم ، لزمه درهمان . ولو قال: مائة درهم عدد ، لزمه مائة درهم بوزن الاسلام صحاح . قال في « التهذيب »:ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانيق ، وكذلك في البيع . ولا يقبل مائة بالعدد ناقصة الوزن ، إلا أن يكون نقد البلد عددية ناقصة، فظاهر المذهب : القبول . ولو قال : عليّ مائة عدد من الدراهم ، اعتبر العدد دون الوزن .

فصل

قال : عليّ من درهم إلى عشرة،لزمه تسعة على الأصح عند العراقيين ،والغزالي. وقيل : عشرة ،وصححه البغوي . وقيل : ثمانية، كما لو قال: بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار ، لا يدخل الجداران في البيع . واحتج الشيخ أبو حامد للأول، بأنه لو قال :لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة ،تدخل الأولى في الاقرار دون

الأخيرة . وفيما قاله نظر ، وينبغي أن لا تدخل الأولى أيضاً ، كقوله : بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار ولو قال: مابين درهم إلى عشرة ،فالصحيح المشهور:أنه يلزمه ثمانية ، وهو نصه . وقيل : تسعة، ونقله في « المفتاح » عن نصه . وقيل: عشرة، حكاه أبو خلف السلمي عن القفال . ولم يفرقوا بين قوله: ما بين درهم إلى عشرة ، وقوله:ما بين درهم وعشرة . وربما سوّوا بينهما . ويجوز أن يفرق ، فيقطع بالثمانية في الصيغة الأخيرة .

قلت : القطع بالثمانية ، هو الصواب، وقول الامام الرافعي رحمه الله: لم يفرقوا، غير مقبول ، فقد فرق القاضي أبو الطيب في تعليقه ، فقطع بالثمانية في قوله :ما بين درهم وعشرة . وذكر الأوجه فيما بين درهم إلى عشرة . والله أعلم

فصل

قال: له عليّ درهم في عشرة ، إن أراد الظرف ، لزمه درهم فقط . وإن أراد الحساب ، فعشرة . وإن أراد بـ « في » : «مع» ، لزمه أحد عشر . وإن أطلق ، فدرهم . وحكي قول في مثله في الطلاق : أنه يحمل على الحساب ،وهو جارٍ هنا .

الضرب الخامس : الظرف . الأصل في هذا ، أن الاقرار بالظروف ليس إقراراً بالمظروف . وكذا عكسه ، ودليله ، البناء على اليقين . أما إذا قال : له عندي زيت في جرة ، أو سيف في غمد ، أو ثوب في منديل، أو تمر في جراب ، أو لبن في كوز ، أو طعام في سفينة ، أو غصبته زيتاً في جرة ، فهو مقرّ بالمظروف فقط . ولو قال: له عندي غمد فيه سيف ، وجرة فيها زيت ، وجراب فيه تمر ، وسفينة فيها طعام ، فاقرار بالظرف فقط . ولو قال : فرس في إصطبل ، أو حمار

على ظهره إكاف ، أو دابة عليها سرج أو زمام ، وعبد على رأسه عمامة ، أو في وسطه منطقة ، أو في رجله خف ، أو عليه قميص ، فاقرار بالدابة والعبد فقط . ولو قال : عمامة على رأس عبد ، أو سرج على ظهر دابة ، فاقرار [١] بالعمامة والسرج فقط . وقال صاحب « التلخيص » : إذا قال : عبد على رأسه عمامة ، أو في رجله خف ، فاقرار بهما مع العبد . وجمهور الأصحاب ، على ما سبق . ولو قال : دابة مسروجة ، أو دار مفروشة، لم يكن مقراً بالسرج والفرش ، بخلاف ما لو قال: بسرجها وبفرشها ، وبخلاف ما لو قال: ثوب مطرز ، لأن الطراز ، جزء من الثوب . وقيل: إن ركّب فيه بعد النسج ، فعلى وجهين مذكورين في أخوات المسألة. ولو قال: فصٌ في خاتم، فاقرار بالفص فقط . ولو قال : خاتم فيه فص ، ففي كونه مقراً أيضاً بالفص وجهان . قال البغوي . أصحها : المنع . ولو اقتصر على قوله : عندي له خاتم . ثم قال بعد ذلك : ما أردت الفص ، لم يقبل منه على المذهب ، بل يلزمه الخاتم بفصه ، لأن الخاتم تناولها ، فلا يقبل رجوعه عن بعض ما تناوله الاقرار ، وحكى الغزالي فيه وجهين. ولو قال : حمل في بطن جارية ، لم يكن مقراً بالجارية . وكذا : نعل في حافر دابة، وعروة على قمقمة [٢] . ولو قال : جارية في بطنها حمل ، ودابة في حافرها نعل ، وقمقمة عليها عروة ، فوجهان . كقوله : خاتم في فص . ولو قال : هذه الجارية لفلان ، وكانت حاملاً ، لم يدخل الحمل في الاقرار على الأصح ، لأنه إخبار ، فكان على حسب إرادة المخبر ، بخلاف البيع ، فان الحمل يدخل فيه . ولو قال : له هذه الجارية إلا حملها ، لم يدخل الحمل قطعاً . ولو قال : ثمرة على شجرة ، لم يكن مقراً بالشجرة. ولو قال : شجرة عليها ثمرة ، بني على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الاقرار بالشجرة ؟ وهي لا تدخل بعد التأبير على الصحيح ، ولا قبله على الأصح ، وبه قطع البغوي ، لأن الاسم لا يتناولها لغة ، بخلاف البيع، فانه ينزل على المعتاد ، وذكر القفال وغيره في ضبط الباب : أن ما دخل تحت البيع المطلق ، دخل تحت الاقرار،

(١) في الأصل : فأقر .

(٢) القمقمة : وعاء من صفر له عروتان يستصحبه المسافر .

ومالا ، فلا ، وما ذكرنا في المسائل يقتضي أن يقال في الضبط : ما لا يتبع في البيع ، ولا يتناوله الاسم ، لم يدخل ، وما يتبع ويتناوله الاسم ، دخل ، وما يتبع ولم يتناوله الاسم ، فوجهان .

فصل

إذا قال :له عليّ ألف في هذا الكيس، لزمه ،سواء كان فيه ألف ،أم لم يكن فيه شيء أصلاً ، لأن قوله:عليّ ، يقتضي اللزوم،ولا يكون مقراً بالكيس كما سبق. فان كان فيه دون الألف ،فوجهان . قال أبو زيد : لا يلزمه إلا ذلك القدر . وقال القفال : يلزمه الاتمام،وهذا أصح . ولو قال : عليّ الألف الذي في هذا الكيس ، وكان فيه دون الألف ، لم يلزمه الاتمام على الصحيح . وإن لم يكن فيه شيء ، فوجهان . ويقال:قولان،بناء على ما لو حلف :ليَشرب بن ماء هذا الكوز، ولا ماء فيه ، هل تنعقد يمينه ويحنث ، أم لا ؟

قلت : ينبغي أن يكون الراجح : أنه لا يلزمه ، لأنه لم يعترف بشيء في ذمته . والله أعلم

فصل

لو قال :لفلان في هذا العبد ألف درهم ، فهذا لفظ مجمل ، فيسأل ، فان قال : أردت أنه جني عليه ، أو على ماله جنايةً أرشها ألف ، قُبل ويعلق الأرش برقبته. وإن قال : أردت أنه رهن عنده بألف عليّ ، فوجهان . أحدهما : لا يقبل ،لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلاً الألف ، ومحل الدين الذمة ، لا المرهون . فعلى هذا، إذا نازعه المقر له ، أخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير ، وطالبناه للاقرار المجمل

بتفسير صالح . وأصحها : القبول ، لأن الدَّين وإن كان في الذمة ، فله تعلق ظاهر بالمرهون . وإن قال : أردت أنه وزن في ثمنه ألفاً ، قيل له : هل وزنت في ثمنه شيئاً ؟ فان قال : لا ، فالعبد كله للمقر له . وإن قال : نعم ، سئل عن كيفية الشراء، أكان دفعة واحدة ، أم لا ؟ فان قال : دفعة ، سئل ما قدر ما وزن ؟ فان قال : وزنت ألفاً أيضاً ، فالعبد بينهما نصفان . وإن قال : ألفين ، فله ثلثا العبد ، وللمقر له ثلاثة . وعلى هـذا القياس ، ولا نظر إلى قيمة العبد . وإن قال : اشتريناه دفعتين ووزن هو في ثمن عشره مثلاً ألفاً ، واشتريت أنا تسعة أعشاره بألف ، قبل قوله ، لأنه محتمل . وإن قال : أردت أنه أوصي له من ثمنه بألف ، قُبل وبيع ودفع إليه من ثمنه ألف ، وليس له دفع الألف من ماله . ولو قال : دفع إليَّ الألف لأشتري له العبد ، ففعلت ، فان صدقه المقر له ، فالعبد له . وإن كذبه ، فقد رد إقراره بالعبد ، وعليه ردُّ الألف الذي أخذ . وإن قال : أردت أنه أقرضني ألفاً، فصرفته إلى ثمنه ، قبل ولزمه الألف . وتوجيه الخلاف إذا أقر برهنه يقتضي عوده هنا . ولو قال : له من هذا العبد ألف درهم ، فهو كقوله : في هذا العبد . ولو قال : من ثمن هذا العبد ، فكذلك ،قاله في « التهذيب » . وجميع ما ذكرناه في هذا الفصل ، هو فيما إذا اقتصر على قوله : [له] في هذا العبد ، ولم يقل : عليَّ، فان قال : عليَّ ، كان التزاماً بكل حال ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في آخر الفصل الذي بعد هذا .

فرع

قال : له عليّ درهم في دينار ، فهو كقوله : له ألف في هذا العبد . فان نوى نفي « مع » ، لزماه (١) .

---

(١) في « شرح الوجيز » فان أراد النفي معه لزماه .

قلت : وإن لم ينو شيئاً ،لزمه درهم فقط . والله أعلم

فصل

قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » :لو قال : له في ميراث أبي ألف درهم، كان مقراً على أبيه بدين . ولو قال : له في ميراثي من أبي ألف درهم ، كان هبة، إلا أن يريد إقراراً. قال الأصحاب : النصان على ظاهرها . وعن صاحب « التقريب » إشارة إلى التسوية ، كأنه نقل وخرج . والمذهب : الفرق . ومثله ، لو قال : له في هذه الدار نصفها ، فهو إقرار . ولو قال : في داري نصفها ، فهو وعد هبة، نص عليها . ولو قال : له في مالي ألف درهم ، كان إقراراً . ولو قال : له من مالي الف درهم ، كان وعد هبة ، نص عليها . واختلف الاصحاب في قوله : له في مالي الف ، فقيل : قولان . أحدهما : هو وعد هبة . والثاني : إقرار . وقيل : هبة قطعاً . وحملوا النص على خطأ الناسخ ، وربما أوّلوه على ما لو أتى بصيغة التزام فقال : عليّ في مالي ، فانه إقرار ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى . وإذا أثبتنا الخلاف ، فمن الشيخ أبي علي، طرده فيما إذا قال : في داري نصفها . وامتنع من طرده فيما إذا قال: في ميراثي من أبي .وعن صاحب « التقريب » وغيره، طرده فيه بطريق الاولى ، لأن قوله : في ميراثي من أبي ، أولى بأن يجعل إقراراً من قوله : في مالي أو في داري ، لأن التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها، فيحسن إضافة الميراث إلى نفسه مع الاقرار بالدين ، بخلاف المال والدار . وأما فرقه في النص الاخير ، بين « في » و « من » ،فمن الاصحاب من قال : لا فرق، ولم يثبت هذا النص،أو أوّلوه ،ومنهم من فرّق،بأن « في » يقتضي كون مال المقر ظرفاً لمال المقر له ، وقوله: من مالي ، يقتضي التبعيض ، وهو ظاهر في الوعد بأنه

يقطع له شيئاً من ماله . وإذا فرقنا بينها ، لزمه مثله في الميراث قطعاً . والمذهب: أنه لا فرق بينهما ، وأن الحكم في قوله :« في مالي » كما ذكرنا أولاً في « ميراثي ». واستبعد الامام تخريج الخلاف في قوله : له في داري نصفها ، لأنه إذا أضاف الكل إلى نفسه ، لم ينتظم منه الاقرار ببعضه ، كما لاينتظم الاقرار بكله في قوله : « داري لفلان » ، وخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءاً من مسمى ما أضافه إلى نفسه ، كقوله : في مالي ألف ، أو في داري ألف . وحيث قلنا في هذه الصور : إنه وعد هبة ، لا إقرار ، فذلك إذا لم يذكر كلمة الالتزام. فأما إذا ذكرها بأن قال : عليّ ألف درهم في هذا المال ، أو في مالي ، أو في ميراثي من أبي ، أو في ميراث أبي ، أو في داري ، أو في عبدي ، أو هذا العبد ، فهو إقرار بكل حال . ولو قال : له في ميراثي من أبي ، أو في مالي بحق لزمني ، أو بحق ثابت ، وما أشبهه ، فهو إقرار بكل حال ، كما لو قال : عليّ ، ذكره ابن القاص، والشيخ أبو حامد ،وغيرهما . واعلم أن مقتضى قولنا في قوله : علي في هذا المال ، أو في هذا العبد ألف درهم ، هو إقرار : أنه يلزمه الألف وإن لم يبلغ ذلك المال ألفاً ، بخلاف ما إذا قال : له عليّ ألف في هذا الكيس ، وكان فيه دون الألف ، فان فيه خلافاً سبق ، فان ظرفية العبد للدراهم ، ليست كظرفية الكيس لها ،لكن لو قال: له في هذا العبد ألف ، من غير كلمة « عليّ » ، وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه ، فلم يبلغ ثمنه ألفاً ، لم يجب عليه تتميم الألف بحال .

[قلت] :(١)

الضرب السادس : التأكيد والعطف ونحوها . وفيه مسائل .

إحداها : قال : علي درهم درهم درهم ، لزمه درهم فقط ، وكذا لو كرره هكذا (٢) ألف مرة فأكثر. ولو قال : درهم ودرهم، أو درهم ثم درهم ،لزمه

(١) في هامش نسخة الظاهرية : كذا في الأصل ، وبعده بياض . اهـ .

(٢) في الاصل : وكذا او كرر هذه .

درهمان للمغايرة . ولو قال : درهم ودرهم ودرهم ، لزمه بالأول والثاني درهمان . وأما الثالث ،فان أراد به درهماً آخر ، لزمه ، وإن قال : أردت به تأكيد الثاني، قبل ، ولزمه درهمان فقط .وإن قال:أردت به تأكيد الأول، لم يقبل على الأصح ، فيلزمه ثلاثة . وإن أطلق ، لزمه ثلاثة على المذهب، وبه قطع الأكثرون.وقال ابن خيران : فيه قولان كالطلاق ، ثانيهما درهمان . فعلى المذهب ، لو كرره عشر مرات فأكثر ، لزمه بعدد ما كرر . ولو قال: عليّ درهم ، ثم درهم ، ثم درهم، فهو كقوله : درهم ودرهم ودرهم. ولو قال : درهم ودرهم ، ثم درهم ، لزمه ثلاثة بكل حال .

الثانية : قال : عليّ درهم مع درهم ، أو معه درهم ، أو فوق درهم ،أو فوقه درهم ، [أو تحت درهم] ،أو تحته درهم، أو عليّ درهم ، أو عليه درهم، فالمذهب والمنصوص والذي قطع به الاكثرون : أنه يلزمه درهم .وقيل : قولان. ثانيهما : درهم . وقال الداركي : مع الهاء ، درهمان ، وبحذفها ،درهم . ولو قال: له عليّ درهم قبل درهم ، أو قبله درهم ، أو بعده درهم ، لزمه درهمان على المذهب والمنصوص ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : قولان . ثانيهما : درهم. وقال ابن خيران وغيره : مع الهاء درهمان . وبحذفها ، درهم .

الثالثة :قال: له عليّ أو عندي درهم فدرهم ،إن أراد العطف ،لزمه درهمان، وإلا ، فالنص لزوم درهم [فقط]. ونص في: أنت طالق ، فطالق ، أنه طلقتان . وقال ابن خيران : فيها قولان.أحدهما : درهمان وطلقتان . والثاني : درهم وطلقة. والمذهب الذي قطع به الأكثرون : تقرير النصين.ولو قال: درهم فقفيز حنطة ،فهل يلزمه درهم فقط،أم يلزمانه جميعاً ؟ فيه هذا الخلاف . وذكر أبو العباس الروياني ،

أن قياس ما ذكرنا في الطلاق : أنه إذا قال : بعتك بدرهم فدرهم ، يكون بائعاً بدرهمين ، لأنه إنشاء،لا إخبار .

الرابعة : إذا قال : عليّ درهم، بل درهم ، لزمه درهم فقـط . ولو قال : درهم ،لا بل درهم ، ولكن درهم ، فكذلك.ولو قال : درهم، لا بل درهمان، أو قفيز حنطة، لا بل قفيزان ، لزمه درهمان، أو قفيزان فقط . هذا إذا لم يمين . فأما إن قال : له عندي هذا القفيز ،بل هذان القفيزان ، فيلزمه الثلاثة ،لأن المعين لا يدخل في المعين .وكذا لو اختلف جنس الاول والثاني مع عدم التعيين ، بأن قال: درهم بل ديناران ، أو قفيز حنطة ،بل قفيزا شعير، لزمه الدرهم والديناران، وقفيز الحنطة وقفيزا الشعير . ولو قال : درهمان بل درهم ، أو عشرة ، بل تسعة ، لزمه الدرهمان والعشرة ، لأن الرجوع عن الاكثر لا يقبل ،ويدخل فيه الاقل .ولو قال : دينار، بل ديناران ، بل ثلاثة،لزمه ثلاثة . ولو قال : دينار،بل ديناران ، بل قفيز ، بل قفيزان ، لزمه ديناران وقفيزان . ولو قال : دينار وديناران ، بل قفيز وقفيزان، لزمه ثلاثة دنانير وثلاثة أقفزة ، وقس عليه ما شئت .

الضرب السابع : التكرار .القول الجلي فيه أنّ تكرُّر الاقرار لا يقتضي تكرر المقرّ به ، لأن الاقرار إخبار ، وتعدد الخبر لا يقتضي تعـدد المخبر عنه ، فينزل على واحد ،إلا إذا عرض ما يمنع من ذلك، فيحـكم بالمغايرة . فاذا أقر لزيد يوم السبت بألف ، ويوم الأحـد بألف ، لزمه ألف فقط ،سواء وقع الاقراران في مجلس أو مجلسين ، وسواء كتب به صكاً وأشهد عليه شهوداً على التعاقب ، أو كتب صكاً بألف وأشهد عليه ، ثم كتب صكاً [بألف]وأشهد عليه . ولو أقر في يوم بألف ، وفي آخر بخمسمائة، دخل الأقل في الأكثر . ولو أقر يوم السبت بألف من ثمن عبد،ويوم الأحد بألف من ثمن جارية ،أو قال مرة: صحاح ،ومرة: مكسرة ، لزمه ألفان . وكذا لو قال : قبضت منه يوم السبت عشرة ، ثم قـال:

قبضت منه يوم الأحد عشرة ، أو طلقها يوم السبت طلقة ، ثم قال : طلقتها يوم الأحد طلقتين ، تعدد. ولو قال يوم السبت: طلقتها طلقة ، ثم أقر يوم الأحد بطلقتين ، لم يلزم إلا طلقتان . ولو أضاف أحد الاقرارين إلى سبب ، أو وصف الدراهم بصفة ، وأطلق الاقرار الآخر ، نزل المطلق على المضاف ، لامكانه .

فرع

لو شهد عدل أنه أقر يوم السبت بألف ، أو بغصب دار ، وشهد آخر أنه أقر يوم الأحد بألف ، أو بغصب تلك الدار ، لفقنا الشهادتين واعتبرنا [1] الالف والغصب ، لأن الاقرار لا يوجب حقاً بنفسه ، وإنما هو إخبار عن ثابت ، فينظر إلى المخبَر عنه وإلى اتفاقهما على الاخبار عنه . وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بألف بالعربية ، والآخر على إقراره بألف بالعجمية . ولو شهد عدل أنه طلقها يوم السبت ، وآخر أنه طلقها يوم الأحد، لم يثبت بشهادتهما شيء، لأنهما لا يتفقان على شيء، وليس هو إخباراً حتى ينظر إلى المقصود المخبَر عنه . وقيل : في الاقرارين والطلاقين ، قولان بالنقل والتخريج. قال الامام : أما التخريج من الطلاق إلى الاقرار ، فقريب في المعنى وإن بعد في النقل ، لأن الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد ، بل شهد هذا على إقرار ، وذاك على إقرار آخر . والمقصود من اشتراط العدد في الشهادة ، زيادة التوثق ، وأما التخريج من الاقرار إلى الطلاق ، فبعيد نقلاً ومعنىً ، لأن من طلق اليوم ، ثم طلق غداً ، والمرأة رجعية ، وزعم أنه أراد طلقة واحدة ، لم يقبل منه ، فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم ، وشاهد على طلاق الغد ؟! ويجري التخريج على ضعفه في سائر الانشاءات وفي الافعال ، كالقتل ، والقبض ، وغيرهما . والمذهب :

---

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : وأثبتنا .

الأول ، حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت بالعربية ، والآخر أنه قذف يوم الأحد بالعجمية ، لم يثبت بشهادتهما شيء . ولو شهد أحدهما على إقراره أنه يوم السبت قذفه ، أو قذفه بالعربية ، والآخر على إقراره أنه يوم الأحد قذفه بالعجمية ، لم يلفق أيضاً ، لأن المقرّ به شيئان مختلفان . ولو شهد عدل بألف من ثمن مبيع ، وآخر بألف من قرض ، أو شهد أحدهما بألف اقترضه يوم السبت ، وآخر بألف اقترضه يوم الأحد ، لم يثبت بشهادتهما شيء ، لكن للمشهود له [1] أن يعين أحدهما ويستأنف الدعوى به ، ويحلف مع الذي يشهد به ، وله أن يدعيهما ، ويحلف مع كل واحد من الشاهدين . ولو كانت الشهادة على الاقرار ، فشهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع ، وشهد الآخر أنه أقر بألف من قرض ، لم يثبت الألف أيضاً على الصحيح . ولو أدعى ألفاً ، فشهد أحدهما أنه ضمن الألف ، والآخر أنه ضمن خمسمائة ، ففي ثبوت خمسمائة قولان ، وهذا قريب من التخريج في الانشاءات ، أو هو هو . ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعي استوفى الدين ، والآخر أنه أبرأه ، لم يلفق على المذهب . ولو شهد الثاني أنه برىء إليه منه ، قال أبو عاصم العبادي : يلفق . وقيل : بخلافه .

فرع

ادعى ألفين ، وشهد له عدل بألفين ، وآخر بألف ، ثبت الالف ، وله أن يحلف مع الشاهد بألفين ، ويأخذ ألفين . وكذا الحكم ، لو كانت الشهادتان على على الاقرار . ولو شهد أحدهما بثلاثين ، والآخر بعشرين ، ثبتت العشرون كالالف مع الالفين . وفي وجه ضعيف : لا تثبت ، لان لفظ الثلاثين لا يشمل العشرين ،

(١) في الأصل : لكن المشهود ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

ولفظ الالفين ، يشمل الالف ، فربما سمع أحدهما الالف ، وغفل عن آخره .ولو ادعى ألفاً ، فشهد له عدل بألف ، وآخر بألفين ، فالثـاني شهد بالزيادة قبل أن يُستَشهد . وفي مصيره بذلك مجروحاً ، وجهان . إن لم يصر مجروحاً ، فشهادته بالزيادة مردودة . وفي الباقي ، قولا تبعيض الشهادة . وقطع بعضهم بثبوت الالف ، وخص الخلاف في التبعيض بما إذا اشتملت الشهادة على ما يقتضي الرد ، كما إذا شهد لنفسه ولغيره . فأما إذا زاد على المدعى به ، فقوله [1] في الزيادة ليس شهادة ، بل هو كما لو أتى بالشهادة في غير مجلس الحكم . وإن قلنا : يصير مجروحاً ، قال البغوي: يحلف مع شاهد الالف ويأخذه . وقال الامام : إنه على هذا الوجه : إنما يصير مجروحاً في الزيادة ، فأما الألف المدعى به ، فلا حرج في الشهادة عليه ، لكن إذا ردت الشهادة في الزائد ، كانت الشهادة في المدعى به على قولي [2] التبعيض . فان لم نبعضها ، فأعاد الشهادة بالالف ، قبلت ، لموافقتها الدعوى ، ولا يحتاج إلى إعادة الدعوى على الاصح .

فصل
في مسائل منثورة

احداها : أقر بجميع ما في يده وينسب إليه ، صح . فلو تنازعا في شيء ، هل كان في يده حينئذٍ ؟ فالقول قول المقر ، وعلى الآخر البينة . ولو قال : ليس لي مما في يدي إلا ألف ، صح وعمل بمقتضاه . ولو قال : لا حق لي في شيء مما في يد فلان ، ثم ادعى شيئاً وقال : لم أعلم كونه في يده يوم الاقرار ، صدّق بيمينه.

(١) في الاصل : فقبوله ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

(٢) في الاصل : على قول ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

الثانية : قال : لفلان عليّ درهم أو دينار ، لزمه أحدهما ، وطولب بتعيينه .وقيل: لا يلزمه شيء ، وهو ضعيف جداً .

الثالثة : قال : له عليّ ألف ، أو على زيد أو على عمرو ، لم يلزمه شيء . وكذا لو قال على سبيل الاقرار : أنت طالق ، أو ،لا ، وإن ذكره في معرض الانشاء ، طلقت ، كما لو قال : أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك .

الرابعة : قال : لزيد عليّ ألف درهم ، وإلا فلعمرو عليّ ألف دينار،لزمه ألف درهم لزيد ، وكلامه الآخر للتأكيد .

الخامسة : الاقرار المطلق ، ملزم،ويؤاخذ به المقرّ على الصحيح المعروف . وخرج وجه : أنه لا يلزم حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم ، لان الاصل براءة الذمة ، والاقرار ليس موجباً في نفسه، وأسباب الوجوب مختلف فيها . وربما ظن ما ليس بموجب موجباً ، وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل ، وكما لو أقر بـأن فلاناً، وارثه ، لا يقبل حتى يبين جهة الارث .

السادسة : قال :وهبت لك كذا وخرجتُ منه إليك ، فالاصح ، أن لا يكون مقراً بالاقباض ، لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة . وقال القفال والشاشي : هو إقرار بالاقباض ، لانه نسب إلى نفسه ما يشعر بالاقباض بعد العقد المفروغ منه .

السابعة : أقر الأب بعين مال لابنه ، فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع ، ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع وهو الهبة ، فهل له الرجوع ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وبه أفتى القاضيان: أبو الطيب ، والماوردي ، تنزيلاً [للاقرار] على أضعف الملكين ، وأدنى السببين ، كما ينزل على أقل المقدارين . والثاني : لا ، قاله أبو عاصم العبادي ، لان الأصل بقاء الملك للمقر له . ويمكن أن يتوسط فيقال : إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن ، فالأمر على ما قال القاضيان ، وإن أقر بالملك المطلق ، فالأمر كما قال العبادي .

الثامنة : أقر في صك بأنه لا دعوى له على زيد ، ولا طَلِبة بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الاسباب ، ثم قال : إنما أردت به : في عمامته وقميصه ، لا في داره وبستانه . قال القاضي أبو سعد بن أبي يوسف : هذا موضع تردد ، والقياس قبوله، لأن غايته تخصيص عموم ، وهو محتمل .

قلت : هذا ضعيف وفاسد . والصواب : أنه لا يقبل في ظاهر الحكم ، لكن المختار أن له تحليف المقر له ، أنه لا يعلم أنه قصد ذلك ، ولعل هذا مراد القاضي .

والله أعلم

فصل

المقرّ به المجهول ، قد يعرف بغير تفسير المقرّ ، بأن يحيله على معرّف ، وهو ضربان .

أحدهما : أن يقول : له عليّ من الدراهم (١) بوزن هذه الصنجة ، أو بعدد المكتوب في كتاب كذا ، أو بقدر ما باع به زيد عبده ، وما أشبه ذلك ، فيرجع إلى ما أحال عليه .

الضرب الثاني : أن يذكر ما يمكن استخراجه بالحساب ، فمن أمثلته : لزيد عليّ ألف إلا نصف مالابنيه عليّ ، ولابنيه عليّ ألف إلا ثلث ما لزيد عليّ .

ولمعرفته طرق .

أحدها : أن تجعل لزيد شيئاً ، وتقول : للابنين ألف إلا ثلث شيء ، فيأخذ نصفه وهو خمسمائة إلا سدس شيء ، وتسقطه من الألف ، يبقى خمسمائة ، وسدس

---

(١) في نسخة الظاهرية : له علي ألف من الدراهم .

شيء ، وذلك يعدل الشيء المفروض لزيد ، لأنه جعل له ألفاً إلا نصف مالابنيه ، فيسقط سدس شيء بسدس شيء ، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة ، فيكون الشيء التام ستمائة ، وهي ما لزيد . فاذا أخذت ثلثها وهو مائتان ، وأسقطته من الألف ، بقي ثمانمائة ، وهي ما أقر به للابنين .

الثاني : أن تجعل لزيد ثلاثة أشياء لاستثناء الثلث منه ، وتسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الابنين ، فيكون لهما ألف ينقص شيئاً ، ثم يأخذ نصفه وهو خمسمائة تنقص نصف شيء ، وتزيده على ما فرضناه لزيد ، وهو ثلاثة أشياء ، يكون خمسمائة وشيئين ونصف شيء ، وذلك يعدل ألف درهم ، يسقط خمسمائة بخمسمائة ، تبقى خمسمائة في مقابلة شيئين ونصف شيء ، فيكون الشيء مائتين ، وقد كان لزيد ثلاثة أشياء ، فهو إذاً ستمائة .

الثالث : أن تقول : أستثني من أحد الاقرارين النصف ، ومن الآخر الثلث ، فتضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر فيكون ستة ، ثم تضرب في الجزء المستثنى من الاقرارين ، وكلاهما واحد ، فتضرب واحداً في واحد ، يكون واحداً ، ينقصه من الستة ، تبقى خمسة تحفظها وتسميها : المقسوم عليه ، ثم تضرب ما تبقّى من مخرج كل واحد من الجزئين بعد إسقاطه في مخرج الثاني ، وذلك بأن تضرب ما بقي من مخرج النصف بعد النصف ، وهو واحد ، في مخرج الثلث ، وهو ثلاثة ، تحصل ثلاثة ، تضربها في الألف المذكور في الاقرار ، يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه ، وهو خمسة ، يخرج نصيب الواحد ستمائة ، فهي ما لزيد ، وتضرب ما تبقّى من مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان ، في مخرج النصف ، وهو اثنان ، يكون أربعة ، تضربها في الألف ، يكون أربعة آلاف تقسمها على الخمسة ، تخرج ثمانمائة فهي ما للابنين . ولو قال : لزيد عليّ عشرة إلا ثلثي ما لعمرو ، ولعمرو عشرة إلا

ثلاثة أرباع ما لزيد ، تضرب المخرج في المخرج ، تكون اثني عشر ، ثم تضرب أحد الجزئين في الآخر ، وهو اثنان ، في ثلاثة ، تكون ستة ،تسقطها من اثني عشر ، تبقى ستة ، ثم تضرب الباقي من مخرج الثلث بعد إخراج الثلثين ، وهو واحد ، في أربعة ، ثم تضربها في العشرة المذكورة في الاقرار ، تكون أربعين تقسمها على الستة ، فتكون ستة وثلثين ، وذلك ما أقر به لزيد ، ثم تضرب واحداً وهو الباقي من مخرج الربع بعد إخراج الأرباع الثلاثة في ثلاثة ، تكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلثين تقسمها على الستة ، تكون خمسة ، وهو ما أقر به لعمرو . واعلم أن الطريقين الأولين ، ضربان مجربان في أمثال هذه الصور بأسرها (١) . وأما الطريق الثالث ، فانه لا يطرد فيما إذا اختلف المبلغ المذكور في الاقرارين . ولو قال : لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو ، ولعمرو ستة إلا ربع ما لزيد ، كان مقراً لزيد بثمانية ، ولعمرو بأربعة . ولو قال : لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو ، ولعمرو عشرة إلا ربع ما لزيد ، كان مقراً لزيد بخمسة وخمسة أسباع ، ولعمرو بثمانية وأربعة أسباع . ويتصور صدور كل إقرار من شخص ، بأن يدعي على زيد وعمرو مالاً، فيقول زيد : لك عليّ عشرة إلا نصف مالك على عمرو ، ويقول عمرو : لك عليّ عشرة إلا ثلث مالك على زيد ، وطريق الحساب لا يختلف .

الباب الثالث

في تعقيب الاقرار بما يغيره

هو استثناء وغيره . فالثاني ينقسم إلى ما يرفعه بالكلية ، وإلى غيره ، والأول ينقسم إلى مالا ينتظم لفظاً ، فيلغو ، وإلى ما ينتظم ، فان كان مفصولاً ، لم يقبل ، وإن كان موصولاً ، ففيه خلاف . والثاني : إن كان مفصولاً ، لا يقبل أيضاً ، وإن كان موصولاً ، ففيه خلاف بالترتيب ،هذا حاصل الباب.وإذا مرت بك مسائله عرفت من أي قبيل هي . وأما الاستثناء ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى ، وفيه مسائل .

(١) في « شرح الوجيز » أن الطريقين الأولين يجريان في أمثال هذه الصور بأسرها .

إحداها : قال : لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير ، فان وقع قوله : من ثمن خمر ، مفصولاً عن قوله : له ألف ، لم يقبل ، ولزمه الألف . وإن كان موصولاً ، فقولان . أحدهما : يقبل ولا يلزمه شيء ، لأن الكل كلام واحد ، فيعتبر جملة ولا يبعّض ، فعلى هذا للمقر له تحليفه إن كان من ثمن خمر . وأظهرهما عند العراقيين وغيرهم : لا يقبل ، ويلزمه الألف، ويبعّض إقراره ، فيعتبر أوله ويلغى آخره ، لأنه وصل به ما يرفعه ، فأشبه قوله : ألف لا يلزمني . فعلى هذا لو قال المقر : كان من ثمن خمر ، وظننته يلزمني ، فله تحليف المقر له على نفيه . ويجري القولان فيما إذا وصل باقراره ما ينتظم لفظه في العادة ، ولكنه يبطل حكمه شرعاً، بأن أضاف المقر به إلى بيع فاسد ، كالبيع بثمن مجهول ، وخيار مجهول . أو قال: تكفلت ببدن فلان بشرط الخيار ، أو ضمنت لفلان كذا بشرط الخيار ، وما أشبه ذلك ، قال الامام : وكنت أودّ لو فصل فاصل بين أن يكون المقر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم ، وبين أن يكون عالماً ، فيعذر الجاهل دون العالم ، لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب . أما إذا قدم الخمر فقال : له من ثمن خمر عليّ الألف ، لا يلزمه شيء قطعاً بكل حال .

الثانية : قال : عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه ، إذا سلمه سلمت الألف ، فطريقان . أحدهما : طرد القولين . ففي قول : يقبل ولا يطالب بالألف إلا بعد تسليم العبد . وفي قول : يؤاخذ بأول الاقرار . والطريق الثاني وهو الأصح : القطع بالقبول ، لأن المذكور آخراً هنا لا يرفع الأول ، بخلاف ثمن الخمر . وعلى هذا ، لو قال : عليّ ألف من ثمن عبد فقط ، ثم قال : مفصولاً عنه لم أقبض ذلك العبد ، قبل أيضاً ،لانه علق الاقرار بالعبد ، والاصل عدم قبضه . ولو اقتصر على قوله : لفلان عليّ ألف ،ثم قال مفصولاً:هو ثمن عبد لم أقبضه ، لم يقبل.ولا فرق عندنا ، بين أن يقول : عليّ ألف من ثمن هذا العبد ، أو من ثمن عبد .

الثالثة : قال : عليّ ألف قضيته ، ففي قبوله القولان . وقيل : لا يقبل قطعاً . ولو قال : كان لفلان عليّ ألف قضيته ، قُبِل عند الجمهور . وقيل :على الطريقين .

الرابعة : قال : عليّ ألف لا يلزمني ، أو عليّ ألف أو ، لا ، لزمه الألف ، لأنه غير منتظم .

قلت :هكذا رأيته في نسخ[من] كتاب الامام الرافعي«عليّ الألف،أو ،لا»،وهو غلط. وقد صرح به صاحبا « التهذيب » و « البيان » : بأنه لا يلزمه في هذه الصورة شيء ، كما لو قال : أنت طالق ، أو ، لا ، فانه لم يجزم بالالتزام ، وما يبعد أن يكون الذي في كتاب الرافعي تصحيفاً من النساخ ، أو تغييراً مما في « التهذيب » ، فقد قال في « التهذيب » : لو قال : عليّ ألف ، لا ، فهو إقرار ، وهذا صحيح ، وقرنه في « التهذيب » بقوله : بألف لا يلزمني ، وهو نظيره . ومعظم نقل الرافعي من « التهذيب » و « النهاية » ، وكيف كان ، فالصواب الذي يقطع به : أنه إذا قال : ألف أو ،لا ، فلا شيء عليه . والله أعلم

الخامسة قال : له عليّ [ألف] إن شاء الله ، لم يلزمه شيء على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : على القولين . ولو قال : عليّ ألف إن شئتَ ، أو إن شاء فلان، فلا شيء عليه على المذهب . قال الامام : والوجه : طرد القولين . ولو قال : عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر ، أو إذا قدِم زيد ، أطلق جماعة أنه لا شيء عليه، لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال ، والواقع لا يعلق بشرط. وذكر الامام وغيره : أنه على القولين . وكيف كان ، فالمذهب أنه لا شيء عليه . وهذا إذا أطلق ، أو قال : قصدت التعليق . فان قصد التأجيل ، فسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو قدّم التعليق فقال : إن جاء رأس الشهر فعليّ ألف ، لم يلزمه قطعاً ، لأنه لم توجد صيغة التزام جازمة . فان قال : أردت التأجيل برأس الشهر ، قبل .وفي «التتمة»

وجه : أن مطلقه محمول على التأجيل برأس الشهر ، وهو غريب ، وبه قطع فيما إذا قال: عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر .

السادسة : قال : عليّ ألف مؤجل إلى وقت كذا ، فان ذكر الأجل مفصولاً، لم يقبل . وإن وصله ، قبل على المذهب . وقيل : قولان . وإذا لم يقبل، فالقول قول المقرّ له بيمينه في نفي الأجل . ثم موضع الخلاف، أن يقر مطلقاً ،أو مسنداً إلى سبب يقبل التعجيل والتأجيل . أما إذا أسند إلى مالا يقبل الأجل ، فقال : أقرضنيه مؤجلاً ، فيلغو ذكر الأجل قطعاً. وإن أسند إلى ما يلازمه الأجل، كالدية على العاقلة ، فان ذكره في صدر إقراره بأن قال : قتل أخي زيداً خطأً،ولزمني من ديته كذا مؤجلاً إلى سنة انتهاؤها كذا ، قبل قطعاً . ولو قال : عليّ كذا من جهة تحمّل العقل مؤجلاً إلى كذا ، فقولان .وقيل : يقبل قطعاً .

فرع

قال : بعتك أمس كذا ، فلم تقبل ، فقال : بل قبلت ، فعلى قولي تبعيض الاقرار، إن بعّضناه ،صدّق بيمينه في قوله:قبلت . وكذا لو قال لعبده : أعتقتك على ألف ، فلم تقبل ، أو لامرأته :خالعتك على ألف ،فلم تقبلي ، فقالا:قبلنا .

فرع

إذا قال له : أريد أن أقر الآن بما ليس عليّ لفلان عليّ ألف . أو قال : ما طلقت امرأتي وأريد أن أقر بطلاقها: قد طلقت امرأتي ثلاثاً ،قال الشيخ أبو عاصم: لايصح إقراره ،ولا شيء عليه . وقال صاحب « التتمة »: الصحيح، أنه يلزمه ، كقوله : عليّ ألف لا يلزمني .

السابعة : قال : لزيد عليّ ألف وزعم أنه وديعة ، فله حالان .

الأول : أن يذكره منفصلاً، بأن أتى بألف بعد إقراره ، وقال: أردت هذا وهو وديعة عندي ،وقال المقر له : هو وديعة ولي عليك ألف (١) آخر ديناً،وهو الذي أردته بقرارك ، فهل القول قول المقر له ، أو المقر ؟ فيه قولان . أظهرهما: الثاني وقيل به قطعاً، لأن قوله :عليّ ،يحتمل أن يريد به :عندي، ويحتمل: إني تعديت فيها فصارت مضمونة عليّ، أو عليّ حفظها . ولو قال : عليّ ألف في ذمتي ، أو ديناً ، ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا ، لم يقبل على المذهب ، والقول قول المقر له بيمينه، لان العين لا تثبت في الذمة . وقيل: في قبوله وجهان. ثم قال الامام : إذا قبلنا التفسير بالوديعة ، قال الاصحاب : الألف مضمونة، وليس بأمانة ، لان قوله: عليّ ، تتضمن الالتزام . فان ادعى تلف الالف الذي يزعم أنه وديعة ، لم يسقط عنه الضمان ، وإن ادعى رده ، لم يقبل ،لانه ضامن، وإنما يصدق الامين . وهذا الذي قاله الامام ،مشكل دليلاً ونقلاً . أما الدليل،فلأن لفظة « علي» ، كما يجوز أن يراد بها مصيرها مضمونة لتعديه ، فيجوز أن يريد : وجوب حفظها ، ويجوز أن يريد : عندي ، كما سبق ، وهذان لا ينافيان الامانة . وأما النقل ، فمقتضى كلام غيره ، أنه إذا ادعى تلفه بعد الاقرار ، صدق ،وقد صرح به صاحب« الشامل » في موضعين من الباب .

الحال الثاني : أن يذكره متصلاً ،فيقول : لفلان عليّ ألف وديعة، فيقبل على المذهب . وقال أبو إسحاق : على قولين ، كقوله : ألف قضيته . وإذا قبلنا فأتى بألف ، وقال : هو هذا ،قنع به ، فان لم يأت بشيء،وادعى التلف أو الرد، قبل على الأصح . وأما إذا قال : له معي أو عندي ألف ، فهو مشعر بالأمانة ،فيصدق

---

(١) في الأصل : ولك علي ألف ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

في قوله :إنه كان وديعة ، وفي دعوى التلف والرد . ولو قال : له عندي ألف درهم مضاربة ديناً أو وديعة ديناً ، فهو مضمون عليه ،ولا يقبل قوله في دعوى الرد والتلف ،نص عليه . ووجّهوه بأن كونه ديناً عبارة عن كونه مضموناً.فان قال: أردت أنه دفعه إليّ مضاربة أو وديعة بشرط الضمان ، لم يقبل قوله ، لأن شرط الأمانة لا يوجب الضمان ، هذا إذا فسر منفصلاً . فان فسره متصلاً ، ففيه قولا تبعيض الاقرار . ولو قال: له عندي ألف عاريّة ،فهو مضمون عليه ،صححنا إعارة الدراهم أو أفسدناها ، لان الفاسد كالصحيح في الضمان . ولو قال : دفع إليّ ألفاً ، ثم فسره بوديعة ،وادعى تلفها في يده ، صدق بيمينه . وكذا لو قال: أخذت منه ألفاً . وقال القفال في «أخذت»: لو ادعى المأخوذ منه أنه غصبه ،صدّق بيمينه في الغصب . والصحيح : أنه كقوله: دفع إليّ.

الثامنة : قال : هذه الدار لك عاريّة ، فهو إقرار بالاعارة ، وله الرجوع . وقال صاحب « التقريب » : قوله : « لك » إقرار بالملك ، فذكر العاريّة بعده ينافيه ، فيكون على قولي تبعيض الاقرار . والمذهب الاول . ولو قال : هذه الدار لك هبة عارية بإضافة الهبة إلى العاريّة ، أو هبة سكنى ، فهو كما لو قال: لك عاريّة، بلا فرق .

التاسعة : الاقرار بالهبة لا يتضمن الاقرار بقبضها على المذهب، وبه قطع الجمهور . وفي « الشامل » : فيه خلاف إذا كانت العين في يد الموهوب له ، وقال: أقبضتني. ولو قال : وهبته وخرجت إليه منه ، فقد سبق أن الاصح أنه ليس باقرار بالقبض، وكذا لو قال : وهبت له وملكها ، قاله البغوي . ولو أقر بالقبض ، ثم ذكر لاقراره تأويلاً أو لم يذكر ، فهو كما ذكرنا في الرهن إذا قال : رهنت وأقبضت ثم عاد فأنكر .

العاشرة : لو أقر ببيع أو هبة وقبض، ثم قال : كان ذلك فاسداً ،أو أقررت لظني الصحة ، لم يصدق ،لكن له تحليف المقر اه ، فان نكل، حلف المقر وحكم ببطلان البيع والهبة . ولو أقر باتلاف مال [على إنسان] [١] وأشهد عليه ، ثم قال : كنت عازماً على الاتلاف فقدمت الاشهاد على الاتلاف ، لم يلتفت إليه ،بخلاف ما لو أشهد عليه بدين ثم قال: كنت عازماً على أن استقرض منه ، فقدمت الشهادة على الاستقراض ، قبل للتحليف،لأن هذا معتاد، بخلاف ذاك .

الحادية عشرة : أقر عجمي بالعربية وقال : لم أفهم معناه، لكن لقّنت، صدق بيمينه إن كان ممن يجوز أن لا يعرفه . وكذا الحكم في جميع العقود والحلول . ولو ادعى أنه أقر وهو صبي أو مجنون ، أو مكره ، فقد سبق بيانه مع ما يتعلق به في آخر الباب الاول .

الثانية عشرة : قال : غصبت هذه الدار من زيد، بل من عمرو ، أو قال: غصبتها من زيد، وغصبها زيد من عمرو ، أو قل : هذه الدار لزيد، بل لعمرو ، سلّمت الدار إلى زيد . وفي غرمه لعمرو، قولان . أظهرهما عند الاكثرين : يغرم. وفي الصورة الثالثة طريقة جازمة بأن لا غرم، لانه لم يقر بجناية في ملك الغير، بخلاف الاولَيين . ثم قيل : القولان فيما إذا انتزعها الحاكم من يده وسلمها إلى زيد. فأما إذا سلمها بنفسه ، فيغرم قطعاً . وقيل : القولان في الحالين.

قلت : الاصح طردهما في الحالين ، قاله أصحابنا . ويجري الخلاف سواء والى بين الاقرار لهما، أم فصل بفصل قصير أو طويل . **والله أعلم**

---

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : في الاصل هنا بياض يسير ، ثم كتب مقابله على الحاشية ما نصه : يحقق من التتمة أو غيره . انتهى ا.ه .

فرع

باع عيناً وأقبضها واستوفى الثمن ، ثم قال : كنت بعتها لفلان ، أو غصبتها منه، لم يقبل قوله على المشتري . وفي غرمه للمقر إليه طريقان . أحدهما : طرد القولين. وأصحها : القطع بالغرم ، لانه فوت بتصرفه وتسليمه . ويبنى على هذا الخلاف ، أن مدعي العين المبيعة ، هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري ؟ إن قلنا : لو أقر ، غرم القيمة ، فله دعواها ، وإلا ، فلا . ولو كان في يد إنسان عين ، فانتزعها مدع بيمينه بعد نكول صاحب اليد ، ثم جاء آخر يدعيها ، هل له طلب القيمة من الاول ؟ إن قلنا : النكول وردّ اليمين كالبينة ،فلا، كما لو انتزع بالبينة . وإن قلنا : كالاقرار ، ففي سماع دعوى الثاني عليه بالقيمة،الخلاف .

فرع

قال :غصبت هذه الدار من زيد ،وملكها لعمرو،سلمت إلى زيد ،لانه اعترف له باليد . والظاهر : أنه محقّ فيها ، ثم تكون الخصومة في الدار بين زيد وعمرو ،ولا تقبل شهادة المقر لعمرو،لانه غاصب . وفي غرامة المقر لعمرو، طريقان. أحدها : طرد القولين.وأصحها:القطع بأن لا غرم،لانه لا منافاة هنا بين الاقرارين، لجواز أن يكون الملك لعمرو ،ويكون في يد زيد باجارة ،أو رهن ،أو وصية بالمنافع ، فيكون الآخذ غاصباً منه . وفي المسألة الاولى،الاقراران متنافيان.ولو أخر ذكر الغصب فقال : هذه الدار ملكها عمرو ،وغصبتها من زيد ، فوجهان. أصحها: كالصورة الاولى ،لعدم التنافي ، فتسلَّم إلى زيد ،ولا يغرم لعمرو . والثاني:لايقبل إقراره باليد بعد الملك ، فتسلَّم إلى عمرو. وفي غرمه لزيد القولان، هكذا أطلقوه

وفيه مباحثة ، لأنا إذا غرمنا المقر في الصورة السابقة للثاني ، فإنما نغرمه القيمة، لأنه أقر له بالملك ، وهنا جعلناه مقراً باليد دون الملك ، فلا وجه لتغريمه ، بل القياس أن يسأل عن يده : أكانت بإجارة أو رهن أو غيرها ؟ فإن كانت بإجارة ، غرم قيمة المنفعة ، وإن كانت رهناً ، غرم قيمة المرهون ليتوثق به زيد ، وكأنه أتلف المرهون . ثم إن استوفى الدين من موضع آخر ، ردت القيمة عليه .

فرع

قال : غصبت هذه العين من أحدكما ، طولب بالتعيين ، فإذا عين أحدهما ، سلمت إليه . وهل للثاني تحليفه ؟ يبنى على أنه لو أقر للثاني هل يغرم [له] ؟ إن قلنا : لا ، فلا ، وإلا ، فنعم ، لأنه ربما يقر له إذا عرضت اليمين فيغرمه ، فعلى هذا ، إذا نكل ردت اليمين على الثاني ، فإذا حلف ، فليس له إلا القيمة . وقيل : إن قلنا : النكول ورد اليمين كالاقرار ، فالجواب كذلك . وإن قلنا : كالبينة ، نزعت الدار من الأول وسلمت إلى الثاني ، ولا غرم عليه للأول . وعلى هذا ، فله التحليف وإن قلنا : لا يغرم القيمة لو أقر للثاني طمعاً في أن ينكل ، فيحلف المدعي ويأخذ العين . أما إذا قال المقر : لا أدري من أيكما غصبت ، وأصر عليه ، فإن صدقاه ، فالعين موقوفة بينهما حتى تبيَّن المالك (١) أو يصطلحا . وكذا إن كذباه وحلف لهما على نفي العلم ، هذا هو المذهب .

قلت : ولو أقر أن الدار التي في تركة مورثه لزيد ، بل لعمرو ، سلمت إلى زيد ، وفي غرمه لعمرو طريقان في « الشامل » و « البيان » وغيرهما . أحدهما :

---

(١) في الأصل : تبين الملك ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

القولان . والثاني : القطع بأن لا غرم . والفرق ، أنه هنا معذور لعدم كمال اطلاعه.

والله أعلم

فصل

في الاستثناء

وهو جائز في الاقرار والطلاق وغيرهما ، بشرط أن يكون متصلاً ، وأن لا يكون مستغرقاً . فان سكت بعد الاقرار ، أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه ، ثم استثنى ، لم ينفعه.

قلت : هكذا قال أصحابنا ، إن تخلل الكلام الأجنبي ، يبطل الاستثناء . وقال صاحبا « العدة » و « البيان » : إذا قال : عليّ ألف - أستغفر الله - الامانة ، صح الاستثناء عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه . ودليلنا ، أنه فصل يسير ، فصار كقوله : عليّ ألف - يا فلان - الامانة ، وهذا الذي نقلاه ، فيه نظر [١] . والله أعلم

ولو استغرق فقال : عليّ عشرة إلا عشرة ، لم يصح ، وعليه عشرة ، ويجوز استثناء الأكثر ، فاذا قال : عليّ عشرة إلا تسعة ، أو سوى تسعة ، لزمه درهم.

فرع

الاستثناء من الاثبات نفي ، ومن النفي إثبات . فلو قال : عليّ عشرة إلا تسعة ، إلا ثمانية ، لزمه تسعة . ولو قال : عليّ عشرة ، إلا تسعة ، إلا ثمانية ، إلا سبعة،

---

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما يلي : هذه الزيادة ليست في نسختين منقولتين من خط المؤلف ، وإحداهما قديمة مؤرخ فراغ ربع البيوع منها بأوائل جمادى الآخرة سنة سبع وثمانين وستمائة ، وليست في أصل المؤلف ، بل على حاشيته بخط غيره مصحح عليها . اهـ .

إلا ستة ،إلا خمسة، إلا أربعة ،إلا ثلاثة ، إلا درهمين ، إلا درهم ،لزمه خمسة .
وطريق هذا وما أشبهه ،أن يجمع الاثبات ويجمع النفي ،ويسقط النفي من الاثبات ، فما بقي فهو الواجب . فالأعداد المثبتة هنا ثلاثون ، والمنفية خمسة وعشرون . ثم معرفة المثبت ، أن العدد المذكور أولاً ، إن كان شفعاً ، فالاشفاع مثبتة،والاوتار منفية . وإن كان وتراً ، فبالعكس ، وشرطه أن تكون الأعداد المذكورة على التوالي المعتاد ، إذ يتلو كلّ شفع وتراً، وبالعكس .

فرع

قال : ليس لفلان عليّ شيء إلا خمسة ،لزمه خمسة. ولو قال : ليس عليّ عشرة إلا خمسة ، لم يلزمه شيء على الصحيح الذي قاله الأكثرون ، لأن العشرة إلا خمسة،خمسة ، فكأنه قال : ليس عليّ خمسة . وفي وجه : يلزمه خمسة ،حكاه في « النهاية » بناءً على أن الاستثناء من النفي إثبات .

فرع

إذا أتى باستثناء بعد استثناء ، والثاني مستغرق ، صح الأول ، وبطل الثاني .
مثاله : عليّ عشرة ،إلا خمسة ، إلا عشرة ، أو[عشرة]إلا خمسة، إلا خمسة، لزمه خمسة .وإن كان الأول مستغرقاً دون الثاني ،كقوله:عشرة،إلا عشرة،إلا أربعة،فأوجه. أحدها : يلزمه عشرة ويبطل الاستثناء الأول ،لاستغراقه ، ويبطل الثاني،لأنه من باطل ، والثاني : يلزمه أربعة ويصح الاستثناءان ، لأن الكلام إنما يتم بآخره . قال في « الشامل » :وهذا أقيس. والثالث : يلزمه ستة،لأن الاستثناء الأول باطل ، والثاني يرجع إلى أول الكلام . ولو قال : عشرة ،إلا عشرة،إلا خمسة ، لزمه على

الوجه الأول عشرة، وعلى الآخَرَين خمسة. هذا إذا لم يكن في الاستثناءين عطف، فان كان ،بأن قال : عشرة إلا خمسة ،وإلا ثلاثة ، أو عشرة إلا خمسة وثلاثة،فهما جميعاً مستثنيان من العشرة ،فلا يلزمه إلا درهمان قطعاً ، فان كان العددان لو جمعا استغرقا ،بأن قال : عشرة إلا سبعة وثلاثة ، فهل يلزمه عشرة لكون الواو تجمعهما فيقتضي الاستغراق ؟ أم يختص الثاني بالبطلان فيلزمه ثلاثة لأن الأول صح استثناؤه؟ وجهان . أصحها : الثاني . وفي وجه ثالث : يفرق بين قوله : عشرة إلا سبعة وثلاثة ، وبين قوله:عشرة إلا سبعة وإلا ثلاثة ، ويقطع في الصورة الثانية بالبطلان. ومهما[كان]في المستثنى أو المستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر،ففي الجمع بينهما وجهان ، كما في الصورة السابقة . أصحها ، وهو المنصوص في الطلاق ،وبه قطع الأكثرون :لا يجمع .

مثاله : عليّ درهمان ودرهم إلا درهما ، إن لم نجمع ، لزمه ثلاثة ، وإلا درهمان . ولو قال: ثلاثة إلا درهمين ودرهما،فان لم نجمع ،لزمه درهم ، وصح استثناء الدرهمين . وإن جمعنا ، فثلاثة ويصير مستغرقاً . ولو قال : ثلاثة إلا درهماً ودرهمين ، فان لم نجمع ، لزمه درهمان وصح استثناء الدرهمين . وإن جمعنا ،فثلاثة. ولو قال : درهم ودرهم ودرهم إلا درهماً ودرهما ودرهما ، لزمه ثلاثة على الوجهين. وحكم هذه الصورة في الطلاق ، حكمها في الاقرار .

فرع

قال : عليّ عشرة إلا خمسة ، أو ستة ، قال المتولي : يلزمه أربعة،لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه ، فصار كقوله : عليّ خمسة أو ستة، فانه يلزمه خمسة. ويمكن أن يقال : يلزمه خمسة ،لأنه أثبت عشرة ، واستثنى خمسة ،وشككنا في استثناء الدرهم السادس .

قلت : الصواب،قول المتولي ،لان المختار أن الاستثناء بيان مالم يَرِدْ بأول الكلام، لانه إبطال ما أثبت . والله أعلم

فرع

قال :عليَّ درهم غير دانق،فمقتضى النحو وبه قال أصحابنا: أنه إن نصب «غير»، فعليه خمسة دوانق ، لأنه استثنــاء ، وإلا ، فعليه درهم تام ، إذ المعنى : درهم، لا دانق . وقال الأكثرون : السابق إلى فهم أهل العرف منه الاستثناء ، فيحمل عليه وإن أخطأ في الاعراب (١) .

فرع

الاستثناء من غير الجنس ، صحيح ، كقوله : ألف درهم إلا ثوباً أو عبداً ، ثم عليه أن يبين ثوباً لا يستغرق قيمته الالف . فان استغرق ، فالتفسير لغو .وفي الاستثناء وجـان . أصحها : يبطل ويلزمه الالف، لانه بيّن ما أراد بالاستثناء، فكأنه يلفظ به وهو مستغرق . والثاني : لا يبطل ،لأنه صحيح من حيث اللفظ. وإنما الخلل في تفسيره ، فيقال : فسِّره بتفسير صحيح .

فرع

يصح استثنـاء المجمل من المجمل ، والمجمل من المفصَّل ، وبالعكس.فالأول ،

---

(١) في الأصل : الاعتراف ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

كقوله : ألف إلا شيئاً ، فيبين جنس الالف أولاً ، ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الالف الذي بينه . والثاني : كقوله : عشرة دراهم إلا شيئاً ، يفسر الشيء بما لا يستغرق العشرة . والثالث : كقوله : شيء إلا درهماً، يفسر الشيء بما يزيد على درهم وإن قل . وكذا لو قال : ألف إلا درهما ،ولا يلزمه أن يكون الألف دراهم . ومهما بطل التفسير في هذه الصور ، ففي بطلان الاستثناء الوجهان . وإن اتفق لفظ المستثنى والمستثنى منه ،كقوله : شيء إلا شيئاً ، أو : قال : مال إلا مالاً ، حكى الامام عن القاضي فيه وجهين . أحدهما : يبطل الاستثناء ، كقوله: عشرة إلا عشرة . والثاني : لا،لوقوعه [على] القليل والكثير ، فلا يمتنع حمل الثاني على أقل متمول ، ويحمل الأول على الزائد على أقل متمول . قال الامام : وفي هذا التردد غفلة ، لأنا إن ألغينا الاستثناء ، اكتفينا بأقل متمول . وإن صححناه، ألزمناه أيضاً أقل متمول ، فيتفق الوجهان . ويمكن أن يقال : حاصل الجواب ، لا يختلف ، لكن فيه فائدة ، لأنا إن أبطلنا ، طالبناه بتفسير الاول فقط . وإن صححنا، طالبناه بتفسيرهما ، وله آثار الامتناع من التفسير ، وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء من الأول ، وما أشبه ذلك .

فرع

الاستثناء من المعين ، صحيح ، كقوله : هذه الدار لزيد إلا هذا البيت ، أو هذا القميص إلا كمه ، أو هذه الدراهم إلا هذه الدراهم ، أو هذا القطيع إلا هذه الشاة ، أو هذا الخاتم إلا هذا الفص ، ونظائره . وفي وجه شاذ : لا يصح ، لأن الاستثناء المعتاد إنما يكون من المطلق لا من المعين ، والأول هو الصحيح المنصوص ، وعليه التفريع . ولو قال : هؤلاء العبيد لفلان إلا واحداً ، صح ورُجع

اليه في التعيين . فان ماتوا إلا واحداً فقال : هو الذي أردت بالاستثناء ، قبل قوله بيمينه على الصحيح ، لأنه محتمل . وقيل : لا يقبل ، للتهمة ، وهو شاذ متفق على ضعفه . ولو قال : غصبتهم إلا واحداً ، فماتوا إلا واحداً . فقال : هو المستثنى ، قبل بلا خلاف . وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلا واحداً ، لأن حقه ثبت في القيمة . ولو قال : هذه الدار لفلان ، وهذا البيت منها لي ، وهذا الخاتم له ، وفَصُّه لي ، قبل ، لأنه إخراج بعض ما يتناوله اللفظ ، فكان كالاستثناء .

فصل

في مسائل تتعلق بالاقرار وإن كان بعضها أجنبياً

احداها : في يده جارية ، فقال رجل : بعتكها بكذا وسلمتها ، فأدّ الثمن . فقال : بل زوجتنيها بصداق كذا وهو عليّ ، فله حالان .

أحدهما : أن يجري التنازع قبل أن يولدها صاحب اليد، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدّعي عليه، فان حلفا، سقطت دعوى الثمن والنكاح، ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد، أم لا ، لأنه وإن أقر بالمهر لمن كان مالكاً ، فهو منكر له ، وتعود الجارية إلى المالك. ثم أحد الوجهين ، أنها تعود إليه كعود المبيع إلى البائع ، لافلاس المشتري بالثمن. والثاني : تعود بجهة أنها لصاحب اليد بزعمه ، وهو يستحق عليه الثمن ، وقد ظفر بغير جنس حقه . فعلى هذا ، يبيعها ويستوفي حقه من ثمنها . فان فضل شيء ، فهو لصاحب اليد ، ولا يحل له وطؤها . وعلى الأول : يحل وطؤها والتصرف ، ولا بدّ من التلفظ بالفسخ . وإن حلف أحدهما فقط ، نظر ، إن حلف مدعي الثمن على نفي التزويج ، ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء ، حلف المدعي اليمين المردودة على الشراء ، ووجب الثمن . وإن حلف صاحب اليد على نفي

الشراء ونكل الآخر عن اليمين على نفي التزويج ، حلف صاحب اليد اليمين المردودة على النكاح ، وحكم له بالنكاح ، وبأن رقبتها للآخر . ثم لو ارتفع النكاح بطلاق أو غيره ، حلت للسيد في الظاهر . وكذا في الباطن إن كان كاذباً . وعن القاضي حسين : أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه ، اكتفى من الثاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والاثبات . والصحيح الأول .

الحال الثاني : أن يولدها صاحب اليد ، فالولد حر ، والجارية أم ولد له باعتراف المالك القديم ، وهو يدعي الثمن ، فيحلف صاحب اليد على نفيه . فان حلف على نفي الشراء ، سقط عنه الثمن المدعى . وهل يرجع المالك عليه بشيء ؟ وجهان. أحدهما : يرجع بأقل الأمرين من الثمن والمهر ، لأنه يدعي الثمن ، وصاحب اليد مقرٌّ له بالمهر ، فالاقل منها متفق عليه ، والثاني : لا يرجع بشيء ، لأن صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه ، والمهر الذي يقرّ به لا يدعيه الآخر ، فلا يمكّن من المطالبة . وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعدما حلف على نفي الشراء ؟ وجهان .أحدهما : لا ، لأنه لو ادعى ملكها وتزويجها بعد اعترافه بأنها أم ولد للآخر ، لم يقبل ، فكيف يحلف على ما لو أقرّ به لم يقبل ؟! والثاني : نعم، طمعاً في أن ينكل فيحلف ويثبت له النكاح . ولو نكل صاحب اليد [عن اليمين] على نفي الشراء ، حلف المالك القديم اليمين المردودة . وعلى كل حال ، فالجارية مقررة في يد صاحب اليد ، فانها أم ولده أو زوجته ، وله وطؤها في الباطن . وفي الحل ظاهراً ، وجهان . أصحها : تحل . ووجه المنع : أنه لا يدري ، أيطأ زوجته أم مملوكته ؟ وإذا اختلفت الجهة، وجب الاحتياط للبضع ،ونفقتها على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء ، وإلا ، فقولان . أحدهما : على المالك القديم ، لأنها كانت عليه . وأظهرها : أنها في كسب الجارية . فان لم يكن كسب ، ففي بيت المال . ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد ،ماتت قنّة ، وللمالك القديم أخذ القيمة

مما تركته من أكسابها ، وما فضل ، فموقوف لا يدعيه أحد . وإن ماتت بعد موت المستولد ، ماتت حرة ،ومالها لوارثها بالنسب . فان لم يكن ، فهو موقوف، لأن الولاء لا يدّعيه واحد منهما ، وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها ، لأن الثمن بزعمه على المستولد وهي قد عتقت بموته ، فلا يؤدي دينه مما جمعته بعد الحرية . هذا كله فيما إذا أصر على كلاميهما . أما إذا رجع المالك القديم ،وصدق صاحب اليد ، فلا يقبل في رد حرية الولد وثبوت الاستيلاد ، وتكون أكسابها له ما دام المستولد حياً . فاذا مات ، عتقت وكانت أكسابها لها . ولو رجع المستولد، وصدق المالك القديم ، لزمه الثمن وكان ولاؤها له .

المسألة الثانية : إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول . فلو أقر بعضهم بدين ، وأنكر بعضهم ، فقولان . القديم : أن على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفى به ، وإلا ، فيصرف جميع حصته إليه ، لأنه إنما يستحق بعد قضاء الدين . والجديد : أنه لا يلزمه إلا بقسط حصته من التركة . فعلى الجديد : لو مات المنكر وورثه المقر ، فهل يلزمه الآن جميع الدين المقرّ به ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لحصول جميع التركة في يده . ويتفرع على القولين فرعان . أحدهما : لو شهد بعض الورثة بدين على المورث . إن قلنا : لا يلزمه بالاقرار إلا حصته ، قبلت شهادته ، وإلا ، فلا ، لأنه متهم . وسواء كانت الشهادة بعد الاقرار أو قبله . الثاني : كيس في يد رجلين فيه ألف . قال أحدهما لثالث : لك نصف ما في هذا الكيس ، فهل يحمل إقراره على النصف المضاف إليه ، أم على نصف ما في يده ،وهو الربع ؟ وجهان بناءً على القولين .

قلت : أفقهها : الأول . والله أعلم

المسألة الثالثة : مات عن ابنين ، فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة ، فهو كما [لو] أقر عليه بدين ، فعلى القديم : تتعلق كل العشرة بثلث نصيبه .وعلى الجديد : يتعلق نصف العشرة بثلث نصيبه . ولو أقر أحدهما أنه أوصى بربع ماله ، وأنكر الآخر ، فعلى المقر أن يدفع إلى الموصى له ربع ما في يده . ولو أقر أنه أوصى بعين من أعيان أمواله ، نظر ، إن لم يقسما التركة ، فنصيب المقر من تلك العين يصرف إلى الموصى له ، والباقي ، للمنكر . وإن اقتسماها ، نظر ، إن كانت تلك العين في يد المقر ، لزمه دفعها إلى الموصى له ، وإن كانت في يد المنكر ، فللموصى له أخذ نصف القيمة من المقر ، لأنه فوته عليه بالقسمة . ولو شهد المقر للموصى له ، قبلت شهادته ، ويغرم للمشهود عليه نصف قيمة العين ، كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقاً .

الرابعة : قال لعبده : أعتقتك على ألف ، فطالبه بالألف ، فأنكر العبد وحلف، سقطت دعوى المال ، وحكم بعتق العبد ، لاقراره ، وكذا لو قال : بعتك نفسك إذا صححنا هذا التصرف ، وهو الصحيح . ولو قال لولد عبده : بعتك والدك بكذا ، فأنكر ، فكذلك ، لاعترافه بمصيره حراً بالملك .

الخامسة : قال : لفلان عندي خاتم ، ثم جاء بخاتم ، فقال : هو هذا الذي أقررت به ، فنص في موضع أنه يقبل منه ذلك وعليه تسليمه إلى المقر له . وقال في موضع آخر : لا يلزم التسليم . قال الأصحاب : الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له . والثاني : على ما إذا قال : الذي أقررت به غيره وليس هذا لي ، فلا يسلم ما جاء به اليه ، والقول قول المقر في نفي غيره .

السادسة : قال : لي عليك ألف ضمنته ، فقال : ما ضمنت شيئاً ، ولكن لك عليّ ألف من قيمة متلف ، لزم الألف الاصح .

قلت : ومما يتعلق بالباب ، ما ذكره القاضي أبو الطيب في آخر كتاب الغصب:

ولو أقر بدار مبهمة ولم يعينها حتى مات ، قام وارثه مقامه في التعيين . فان عينها فذاك ، وإن لم يعين ، طولب بالتعيين ، فان امتنع ، كان للمقر له أن يعين . فان عين وصدقه الوارث ، فذاك ، وإلا ، فله أن يحلف أنها ليست المقرّ بها ، فان حلف ، طولب بالتعيين ، فان امتنع ، حبس حتى يعين. قال القاضي أيضاً في آخر الغصب : لو باع داراً ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذنه ، وهي ملكه الى الآن ، وكذبه المشتري ، وأراد أن يقيم بينة بذلك، فان قال : بعتك ملكي أو داري أو نحو ذلك ، مما يقتضي أنها ملكه ، لم تسمع دعواه ،وإلا، سمعت .قال الشاشي : لو قال : غصبت داره،ثم قال : أردت دارة الشمس والقمر ، لم يقبل على الصحيح . ولو باع شيئاً بشرط الخيار ،ثم ادعاه رجل،فأقر البائع في مدة الخيار أنه ملك المدعي ،صح إقراره وانفسخ البيع،لأن له الفسخ،بخلاف ما لو أقر بعد لزوم البيع ، فانه لا يقبل ،لعجزه عن الفسخ . ولو أقر بثياب بدنه لزيد ، قال القاضي حسين في « الفتاوى » : يدخل فيه الطيلسان والدّوّاج وكل ما يلبسه. ولا يدخل فيه الخف ، والمراد بالدّواج : اللحاف . ومقتضى كلام القاضي هذا ، أنه يدخل فيه الفروة فانها مما يلبسه ، ولا شك في دخولها . وانما نبهت عليه ، لئلا يُتشكك فيها . وكذلك الحكم لو أوصى بثياب بدنه . ولو كتب على قرطاس: لفلان عليّ كذا ، لم يكن إقراراً ،وكذا الاشهاد عليه لا يكون إلا بالتلفظ ،قاله القاضي حسين . والله أعلم

* * *

الباب الرابع
في الاقرار بالنسب

يشترط في المقر بالنسب ، أن يكون بالصفات المعتبرة في سائر المقرّين كما سبق. ثم لا يخلو ، إما أن يلحق النسب بنفسه ، وإما بغيره.

القسم الأول : أن يلحقه بنفسه ، فيشترط فيه أمور .

الأول : أن لا يكذبه الحس ، فيكون ما يدعيه ممكناً . فلو كان في سن لا يمكن أن يكون ولداً للمستلحق ، فلا اعتبار باقراره . فلو قدمت امرأة من بلاد الكفر ومعها صبي ، وادعاه مسلم ، لحقه إن احتمل أنه خرج إليها ، أو أنها قدمت إليه قبل ذلك ، وإلا ، لم يلحقه .

الثاني : أن لا يكون المقر به مشهور النسب من غيره ، سواء صدقه المقرّ به أم كذبه .

الثالث : أن يصدقه المقرّ به إن كان معتبر التصديق . فان استلحق بالغاً فلم يصدقه ، لم يثبت النسب إلا ببينة ، فان لم تكن بينة ، حُلِّف المدعي ، فان حلف سقطت دعواه ، وإن نكل ، حلف المدعي وثبت نسبه . وكذا لو قال رجل لرجل: أنت أبي ، فالقول قول المنكر بيمينه . أما إذا استلحق صغيراً ، فيثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات ، ويرث هو الصغيرَ إن مات . وإن استلحق صغيراً ، فلما بلغ كذبه ، فوجهان . أحدهما : يندفع النسب . وأصحهما : لا يندفع ، لأن النسب يُحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته [١] كالثابت بالبينة . فعلى هذا لو أراد المقر له تحليفه ، قال ابن الصباغ : ينبغي أن لا يمكَّن ، لأنه لو رجع ، لم يقبل ، فلا معنى لتحليفه . ولو استلحق مجنوناً ، فأفاق وأنكر ، فعلى الوجهين .

---

(١) في الاصل : بعد موته ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

ولو استلحق صبياً بعد موته ، لحقه ، سواء كان له مال ، أم لا ، ولا ينظر إلى التهمة بطلب المال ، بل يرثه ، لأن أمر النسب مبني على التغليب ، ولهذا يثبت بمجرد الامكان ، حتى لو قتله ثم استلحقه بعد موته ، قبل منه وحكم بسقوط القصاص . وإن كان الميت بالغاً ، فوجهان ، لأن شرط لحوق البالغ تصديقه ، ولا تصديق بعد الموت ، ولأن تأخيره ربما كان خوفاً من إنكاره . والأكثرون على أنه يلحقه كالصغير . ومنعوا كون التصديق شرطاً على الاطلاق ، بل هو شرط إذا كان المقرّ به أهلاً للتصديق ، ولا اعتبار بالتهمة كما سبق . ويجري الوجهان فيما إذا استلحق مجنوناً طرأ جنونه بعد مابلغ عاقلاً .

فرع

إذا ازدحم جماعة على الاستلحاق ، نظر ، إن كان المقرّ به بالغاً ، ثبت نسبه ممن صدّقه ، فان كان صبياً ، لم يلحق بواحد منهما ، بل حكمه ما نذكره في باب اللقيط إن شاء الله تعالى . فاذا عدم زحمة الغير ، شرط رابع في الصغير . هذا كله إذا كان المقر به ذكراً حراً . فأما استلحاق المرأة والعبد ، فسيأتيان في باب اللقيط إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا استلحق عبد الغير ، أو معتقه ، لم يلحق إن كان صغيراً ، محافظة على حق الولاء للسيد ، بل يحتاج إلى البينة . وإن كان بالغاً وصدقه ، فوجهان . ولو استلحق عبداً في يده ، فان لم يوجد الامكان ، بأن كان أكبر سناً منه ، لغا قوله . وإن وجد ، فان كان مجهول النسب ، لحقه إن كان صغيراً ، وحكم بعتقه . وكذا

إن كان بالغاً وصدقه . وإن كذبه ، لم يثبت [النسب] . وفي العتق، وجهان. وكذا إن كان المقرّ به معروف النسب من غيره .

فرع

استلحق بالغاً عاقلاً ، فوافقه ، ثم رجعا ، قال ابن أبي هريرة : يسقط النسب، كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقرّ له . وقال الشيخ أبو حامد : لا يسقط، لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق ، كالثابت بالفراش .

فصل

له جارية ذات ولد ،فقال : هذا ولدي من هذه الجارية ، ثبت نسبه عند الامكان. وفي كون الجارية أم ولد ، قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وجماعة : نعم . وأشبهها بالقاعدة ، وأقربها إلى القياس : لا ، لاحتمال أنه أولدها بنكاح ثم ملكها . ولو قال : ولدي استولدتها به في ملكي ، أو علّقت به في ملكي ، انقطع الاحتمال ، وكانت أم ولد قطعاً . وكذا لو قال : هذا ولدي منها ، وهي في ملكي من عشر سنين ، وكان الولد ابن سنة . وهذا كله إذا لم تكن الأمة مزوجة ، ولا فراشا له ، أما إذا كانت مزوجة ، فلا ينسب الولد إلى السيد، ولا أثر لاستلحاقه ، للحوقه بالزوج . وإن كانت فراشا له ، فان أقر بوطئها ، لحقه الولد بالفراش ، لا بالاقرار ، فلا يعتبر فيه إلا الامكان . ولا فرق في الاستلحاق بالاستيلاد ، بين أن يكون في الصحة ، أو في المرض ، لأن إنشاءه نافذ في الحالين .

فرع

له أمتان ، لكل واحدة ولد ، فقال : أحدهما ولدي ، فللأمتين أحوال .

أحدها : أن لاتكون واحدة منها مزوجة ولا فراشا للسيد ، فيؤمر بالتعيين كما لو أقر بطلاق إحدى المرأتين ، فاذا عين أحدهما ، ثبت نسبه وكان حراً وورثه . وهل تصير أمه أم ولد ؟ ينظر ، إن لم يزد على استلحاقه ، فقولان كما قدمناه ، وإن صرح بأنه استولدها به في ملك اليمين ، صارت أم ولد له ، وإن صرح بأنه استولدها في النكاح ،لم تصر ، وإن أضافه إلى وطء شبهة ، فقولان . وإن قال:استولدتها بالزنا مفصولاً على الاستلحاق ، لم يقبل ، وكانت أميّة الولد على القولين فيما إذا أطلق الاستلحاق ، وإن وصله باللفظ ، قال البغوي : لا يثبت النسب ولا أميّة الولد ، وينبغي أن يخرَّج على قولي تبعيض الاقرار . ولو ادعت الأمة الأخرى أن ولدها هو الذي استلحقه ، وأنها المستولدة ، فالقول قول السيد مع يمينه . وكذا لو بلغ الولد وادّعى ، فان نكل السيد ، حلف المدعي وقضي بمقتضى يمينه . ولو مات السيد قبل التعيين ،قام وارثه مقامه في التعيين ، وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية ، والارث ، وتكون أم المعيّن مستولدة إن ذكر السيد ما يقتضي ثبوت الاستيلاد ، وإلا سئلوا ،وحكم بيانهم حكم بيان المورث . فان قالوا : لا نعلم كيف استولد ، فعلى الخلاف فيما إذا أطلق الاستلحاق . وإذا لم يكن وارث ،فهو كما لو أطلق الاستلحاق . ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق ،بأن كان رآه ، أو يرى قبل الدفن ،أو يرى عصبته فيجد الشبه . فان عجز عن الاستفادة بالقائف لعدمه ،أو لالحاقه الولدين به ، أو نفيهما ، أو أشكل الأمر عليه ، أقرعنا بينهما ليعرف الحر منهما ، ولا ينتظر بلوغهما لينتسبا ، بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد ،ولا قائف ، لأن الاشتباه هنا في أن الولد أيهما؟ فلو اعتبرنا الانتساب ، ربما

انتسبا جميعاً إليه، فدام الاشكال ، ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث، لأن القرعة لاتعمل فيهما . وهل يوقف نصيب ابن، بين من خرجت قرعته، وبين الآخر ؟ وجهان يأتي قريباً بيانهما . وأما الاستيلاد ، فهو على التفصيل السابق،فان لم يوجد من السيد ما يقتضيه ،لم يثبت ، وإن وجد ، فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة؟ وجهان . أصحهما عند الامام : لا تحصل. والثاني : تحصل ، وبه قطع الأكثرون .

فرع

حيث ثبت الاستيلاد ، فالولد حر الأصل،لا ولاء عليه ،وحيث لا يثبت ،فعليه الولاء إلا إذا نسبه إلى وطء شبهة وقلنا : لا تصير أم ولد إذا ملكها . وإذا لم يثبت الاستيلاد ومات السيد، ورث الولد أمه وعتقت عليه.هذا إذا تعين ،لا بالقرعة. وان كان معه وارث آخر ، عتق نصيبه ولم يسر .

الحال الثاني : إذا كانت الأمتان مزوجتين ، لم يقبل قول السيد ،وولد كل أمة ملحق بزوجها . وان كانتا فراشاً للسيد ، بأن كان أقر بوطئهما ، لحقه الولدان بالفراش .

الحال الثالث : كانت إحداهما مزوجة ، لم يتعين اقراره في الأخرى ، بل يطالب بالتعيين . فان عين في ولد الأخرى ، قبل وثبت نسبه ، وان كانت احداهما فراشاً له ، لم يتعين اقراره في ولدها ، بل يؤمر بالتعيين ، فان عين في ولد الأخرى ، لحقه بالاقرار ،والولد الآخر يلحق به بالفراش.

فرع

له أمة لها ثلاثة أولاد . قال:أحد هؤلاء ولدي ،ولم تكن مزوجة ولا فراشاً

للسيد قبل ولادتهم ، طولب بالتعيين ، فمن عيَّنه منهم ، فهو نسيب حر وارث ، والقول في الاستيلاد على التفصيل الذي مرّ . ثم إن كان المعين الأوسط ، فالأكبر رقيق ، وأمر الأصغر مبني على استيلاد الأمة ، فان لم نجعلها مستولدة ، فهو رقيق. وإن جعلناها ، نظر ، إن لم يدَّع الاستبراء بعد الأوسط ، فقد صارت فراشاً له بالأوسط ، فيلحقه الأصغر ويرثه على الصحيح . وقيل : لا يلحقه ، بل له حكم الأم ، يعتق بموت السيد . وإن ادعى الاستبراء ، بني على أن نسب ملك اليمين ، هل ينتفي به ؟ إن قلنا : ينتفي ، لم يلحقه الأصغر ، وفي حكمه وجهان . أصحهما : أنه كالأم يعتق بموت السيد ، لأنه ولد أم ولد . والثاني : يكون قنّا ، لأن ولد أم الولد قد تكون كذلك ، كما لو أحبل الراهن المرهونة وقلنا : لا تصير أم ولد ، فبيعت في الحق وولدت أولاداً ثم ملكها وأولادها ، فانها تحكم بأنها أم ولد له على الصحيح ، والأولاد أرقّاء لا يأخذون حكمها على الصحيح . وقيل : يأخذون. ولو مات السيد قبل التعيين ، عين وارثه ، فان لم يكن وارث ، أو قال : لا أعرف، عرضوا على القافة ليعين ، والحكم على التقديرين ، كما لو عين السيد . فان تعذرت معرفة القائف ، فالنص أنه يقرع بينهم ليعرف الحرية . وثبوت الاستيلاد ، على التفصيل السابق . واعترض المزني بأن الأصغر حر بكل حال عند موت السيد، لأنه المقرّ به ، أو ولد أم ولد . وولد أم الولد ، يعتق بموت السيد ،إذا كان حراً بكل حال ، لم يدخل في القرعة ، لأنها ربما خرجت على غيره فيلزم ارقاقه . واختلف الأصحاب في الجواب ، فسلم بعضهم حريته وقالوا : دخوله في القرعة إنما هو لرق غيره ، ويعتق هو إن خرجت قرعته ، ومنعها آخرون ، بناءً على أن ولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقاً ، والأول : أصح . وحكي وجه : أن الصغير يخرج عن

القرعة، وهو شاذ ضعيف . فاذا أقرعنا فخرجت القرعة لواحد ، فهو حر، والمذهب: أن النسب والميراث لا يثبتان كما ذكرنا في المسألة الأولى . وقال المزني : الأصغر نسيب بكل حال ، وأبطل الأصحاب قوله ، لكن الحق المطابق لما سبق ، أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الأصغر ، وبين ما إذا لم يدّع. ويوافق المزني في الحالة الثانية . وإذا ثبت النسب ، ثبتت الحرية قطعاً . وحيث لا يثبت النسب ، فهل يوقف الميراث ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : لا ،لأنه إشكال وقع اليأس من زواله ، فأشبه غرق المتوارثين . والثاني : بلى كما لو طلق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان .

القسم الثاني : أن يُلحق النسب بغيره، كقوله : هذا أخي ابن أبي وابن أمي، أو يقر بعمومة غيره ، فيكون مُلحقاً للنسب بالجد ، ويثبت النسب بهذا الالحاق بالشروط المتقدمة فيما إذا ألحق بنفسه ، وبشروط أخر .

إحداها : أن يكون الملحق به ميتاً ، فما دام حياً ، ليس لغيره الالحاق به وإن كان مجنوناً .

الثانية : أن لا يكون الملحق به قد نفى المقرّ به ، فان كان نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته ، فوجهان . أصحها ، وبه قطع معظم العراقيين : يلحقه كما لو استلحقه المورث بعدما نفاه بلعان وغيره . والثاني : المنع . والثالث : صدور الاقرار من الورثة الحائزين للتركة .

فرع

إقرار الأجنبي لا يثبت به النسب كما ذكرنا ، فلو مات مسلم عن ابن كافر ، أو قاتل ، أو رقيق ، لم يقبل إقراره عليه بالنسب ، كما لا يقبل إقراره عليه بمال.

ولو كان له ابنان. كافر ومسلم ، لم تعتبر موافقة الكافر ، ولو كان الميت كافراً كفى استلحاق الكافر . ولا فرق في ثبوت النسب ، بين أن يكون المقرّ به مسلماً ، أو كافراً .

فرع

مات وخلّف ابناً فأقرّ بابن آخر ، ثبت نسبه . ولو مات وخلف بنين ، أو بنين وبنات ، فلا بد من اتفاقهم جميعاً . وتعتبر موافقة الزوج والزوجة على الصحيح. وفي وجه : لا تعتبر ،لانقطاع الزوجية بالموت ، ويجري الوجهان في المعتق . ولو خلف بنتاً واحدة ، فان كانت حائزة بأن كانت معتقة ، ثبت النسب باقرارها ، وإن لم تكن حائزة ووافقها الامام ، فوجهان يجريان فيما إذا مات مَنْ لا وارث له ، فألحق الامام به مجهولاً ، أصحها وبه قطع العراقيون : الثبوت بموافقة الامام . هذا إذا ذكره الامام لا على وجه الحكم ، أما إذا ذكره على وجه الحكم ، فان قلنا : يقضي بعلم نفسه ، ثبت النسب ، وإلا ، فلا . ولا فرق بين أن تكون حيازة الملحق تركة الملحق به بغير واسطة ، أم بواسطة ، كمن أقر بعمومة مجهول وهو حائز لتركة أبيه الحائز تركة جده الملحق به ، فإن كان قد مات أبوه قبل جده ، والوارث ابن الابن ، فلا واسطة .

فرع

وارثان ، بالغ وصغير ، فالصحيح أن البالغ لا ينفرد بالاقرار . وفي وجه : ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال . وعلى الصحيح : ينتظر بلوغ الصغير . فان بلغ ووافق البالغ ، ثبت النسب حينئذٍ . فان مات قبل البلوغ ، نظر ، إن لم يخلّف

سوى المقر ، ثبت النسب حينئذٍ . فان لم يجدد إقراراً -وإن خلف ورثة سوام- اعتبر موافقتهم ، ولو كان أحدهما مجنوناً، فكالصبي . ولو خلف بالمين عاقلين فأقر أحدهما، وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف إلا أخاه المقر ، فوجهان . أصحها : يثبت النسب،لأن جميع الميراث صار له . والثاني : المنع ،لأن إقرار الفرع مسبوق بانكار الأصل . ويجري الخلاف فيما إذا خلف المنكر وارثا فأقر ذلك الوارث (١). ولو أقر أحدهما وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر ، ثبت النسب قطعاً ،لأنه غير مسبوق بتكذيب الأصل .

فرع

أقر الابن المستغرق بأخ مجهول ، فأنكر المجهول نسب المعروف ، لم يتأثر بانكاره نسب المشهور على الصحيح ، وفي وجه : يحتاج المقر إلى بينة على نسبه ،وهو ضعيف، ويثبت نسب المجهول على الأصح . ولو أقر بأخ مجهول ثم أقرا بثالث ، فأنكر الثالث نسب الثاني ، ففي سقوط نسب الثاني وجهان ، أصحها : السقوط ،لأنه يثبت نسب الثالث فاعتبرت موافقته في ثبوت نسب الثاني . ولو أقر بأخوين مجهولين ، فصدق كل واحد منهما الآخر ، ثبت نسبهما ، وإن كذب كل واحد منهما الآخر ، ثبت النسبان على الأصح ، لوجود الاقرار من حائز التركة . وإن صدق أحدهما الآخر، وكذبه الآخر ، ثبت نسب المصدَّق فقط ، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين ، فان كانا، فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر ، فاذا أقر الوارث بنسب أحدهما ، ثبت نسبهما .

---

(١) في الاصل : فرد ذلك الوارث ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

فرع

أقر بنسب من يحجب المقر ، بأن مات عن أخ فأقر بابن للميت ، ثبت نسبه على الأصح .

فرع

في الميراث

المقرّ به حالان .

الأولى : أن لا يحجب المقرّين ، فيشتركون على قدر حصصهم . ولو أقر أحد الابنين المعترفين بأخ ، فأنكره الأخ الآخر ، فالصحيح المنصوص : أنه لا يرث ، لأن الارث فرع النسب ، ولم يثبت كما سبق . وفي وجه : يرث ، ويشارك المقر فيما في يده ، كما لو قال أحدهما : فلانة بنت أبينا ، فأنكر الآخر ، حرم على المقر نكاحها ، وكما لو قال لعبد في التركة : إنه ابن أبينا ، هل يحكم بعتقه ؟ وجهان . وكما لو قال أحد الشريكين في العقار لثالث : بعتك نصيبي ، فأنكر ، لا يثبت الشراء . وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف . وكما لو قال : لزيد على عمرو كذا وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو ، ففي مطالبة المقر بالضمان وجهان . أصحهما : المطالبة ، كما لو اعترف الزوج بالخلع ، وأنكرت المرأة ، ثبتت البينونة ، وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل ، وإذا قلنا بالصحيح ، قبل في ظاهر الحكم (١) ، وأما في الباطن ، فهل على المقرّ إذا كان صادقاً أن يشركه فيما يرثه ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لعلمه باستحقاقه . وعلى هذا ، هل يشركه بنصف مافي يده ، أم بثلثه ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

---

(١) في نسخة الظاهرية : فذلك في ظاهر الحكم .

الحال الثاني : أن يحجبهم أو بعضهم ،بأن كان الوارث صغيراً في الظاهر أخاً أو معتقاً ، فأقر بابن للميت ، فان لم يثبت نسبه ، فذاك . وإن أثبتنـاه ، لم يرث على الأصح ،للدّور، والثاني: يرث ويحجب المقر ، قاله ابن سريج ،واختاره صاحب « التقريب » وابن الصباغ وجماعة ، وقالوا : المعتبر كونه وارثاً ، لولا إقرارُه .
ولو خلف بنتاً معتقة،فأقرت بأخ لها، فهل يرث ويكون الميراث بينهما أثلاثاً لكون توريثه لا يحجبها ، أم لا لأنه يمنعها عصوبة الولاء ؟ وجهان .

فرع

ادعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت ، فأنكر الأخ ونكل عن اليمين ، فحلف المدعي اليمين المردودة،ثبت نسبهم ،ثم إن قلنا:النكول مع يمين الرد كالبينة ، ورث وحجب الأخ . وإن قلنا : كالاقرار ، ففيه الخلاف السابق في إقرار الأخ.
ولو مات عن ابن وأخت ،فأقرا بابن للميت ، فعلى الأصح:تسلم الاخت نصيبها ،لأنه لو ورثها الابن يحجبها [١]،وعلى الثاني: يأخذ جميع ما في يدها . وكذا الحكم فيما لو خلف زوجة وأخاً ، فأقرا بابن للميت ، يكون للزوجة الربع على الأصـح ، وهذا الابن لا ينقص حقها، كما لا يُسقط الأخ .

فرع

إقرار الورثة بزوج أو زوجة للميت ،مقبول على المذهب . وحـكي عن القديم قول :أنه لا يقبل. فان قبلنا فأقر أحد الابنين المستغرقين وأنكر الآخر ، فالتوريث على ما ذكرنا فيما إذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر .

(١) في نسخة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » : ولو مات عن بنت وأخت فأقرتا بابن للميت ، فعلى الأصح : يسلم للأخت نصيبها ، لانه لو ورث الابن لحجبها .

فرع

قال :زيد أخي ،ثم فسر بأخوة الرضـاع ، حكى الروياني عن أبيه :أن الأشبه بالمذهب ، أنه لا يقبل ،لانه خلاف الظاهر،ولهذا لو فسر بأخوة الاسلام، لم يقبل.

فرع

في فتاوي القفال ، أنه لو أقر على أبيه بالولاء ، فقـال : هو معتَق فلان ، ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً ، كما في النسب .

قلت : لو خلف ثلاثة بنين فأقر ابنان برابـع ،وأنكره الثالث ، لم يثبت نسبه باقرارهما ، لكن إذا شهدا به عند الحاكم بشروط الشهادة ، ثبت نسبه ؛لان شهادتهما أولى بالقبول من شهادة الاجنبيين، لأن عليهما فيه ضرراً ، قاله القاضي أبو الطيب .

والله أعلم

★ ★ ★

كتاب العاريّة

هي بتشديد الياء . قال الخطابي في « الغريب » :وقد تخفف ، وفيه بابان .

الأول : في أركانها، وهي أربعة .

الأول : المعير ، ويعتبر فيه أن يملك المنفعة ، وأن لا يكون محجوراً عليه في التبرعات ، فيجوز للمستأجر أن يُعير لأنه يملك المنفعة ، وللموصى له بخدمة عبد أو سكن دار ونحوهما أن يعيرهما ، وليس للمستعير أن يعير على الصحيح ، ولكن له أن يستوفي المنفعة لنفسه بوكيله .

قلت : قال صاحب « العدة » :ليس للأب أن يعير ولده الصغير لمن يخدمه، لأن ذلك هبة لمنافعه ، فأشبه إعارة ماله. وهذا الذي قاله ، ينبغي أن يُحمل على خدمة تقابل بأجرة ، أما ما كان محقّراً بحيث لا يقابل بأجرة ، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف : أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب « الحجر » نحو هذا . والله أعلم

الركن الثاني : المستعير ، ويشترط فيه كونه أهلاً للتبرع [عليه] بعقد يشتمل على إيجاب وقبول بقول أو فعل ، فلا تصح الاعارة للصبي، كما لا يوهب له.

الركن الثالث : المستعار ، وله شرطان .

أحدهما : كونه منتفعاً به مع بقاء عينه ، كالعبد ، والثوب ، والدابة، والدار، فلا يجوز إعارة الطعام قطعاً ، ولا الدراهم والدنانير على الاصح . قال الامام : ويجري الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما . ثم السابق إلى الفهم من كلام

الأصحاب ، أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدراهم ، فأما إذا صرح بالاعارة للتزيين ، فينبغي أن يقطع بالصحة ، وبه قطع المتولي [١] ، لأنه اتخذ هذه المنفعة مقصوداً وإن ضعفت ، وإذا لم نصححها ، فجرت ، فهي مضمونة على الصحيح ، لأن العارية الصحيحة مضمونة ، وللفاسد حكم الصحيح في الضمان ، وقيل : لا ضمان ، لأن ما جرى بينهما ليس بعارية صحيحة ولا فاسدة . ومن قبض مال غيره باذنه لا لمنفعته، كان أمانة .

الشرط الثاني : كون المنفعة مباحة ، فيحرم استعارة الجارية للاستمتاع . وأما للخدمة ، فيجوز إن أعارها لمحرم أو امرأة ، وإلا ، فلا يجوز ، لخوف الفتنة ، إلا إذا كانت صغيرة لا تشتهى ، أو قبيحة ، فوجهان .

قلت : أصحهما : الجواز ، وبه قطع جماعة ، منهم صاحب « التهذيب » [٢]. والله أعلم

قال الغزالي : وإذا أعارها ، صحت الاعارة ، وإن كانت محرمة . ويشبه أن يقال بالفساد ، كالاجارة للمنفعة المحرّمة ، ويشعر به إطلاق الجمهور نفي الجواز .

فرع

يكره استعارة أحد الأبوين للخدمة ، لأن استخدامهما مكروه ولفظ الامام بنفي الحِلّ .

قلت : الذي قاله الأصحاب ، أنه يكره كراهة تنزيه ، قال الجرجاني : ويكره أيضاً استئجارهما . وقد يجوز إعارة مالا يجوز إجارته ، وهو الفحل للضراب ، والكلب للصيد ، فان إعارتها صحيحة ، وإجارتها باطلة على الأصح . والله أعلم

---

(١) في نسخة الظاهرية : وبه صرح المتولي .

(٢) في نسخة الظاهرية : صاحب « المهذب » .

وتكره إعارة العبد المسلم لكافر كراهة تنزيه .

قلت : صرح الجرجاني وآخرون ، بأنها حرام ، وصرح صاحب « المهذب » وآخرون ، بأنها لا تجوز ، وظاهره التحريم ، ولكن الأصح الجواز ، وقد سبق في أول البيوع . والله أعلم

فرع

يحرم على الحلال إعارة الصيد من المحرِم [1] ، فان فعل فتلف في يده ، ضمن الجزاء لحق الله تعالى ، والقيمة للحلال . ولو أعار المحرم حلالاً ، فان قلنا : المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لانه غير مالك ، وعلى المحرم الجزاء لحق الله تعالى إن تلف في يد الحلال ، لانه متعد بالاعارة ، فانه يلزمه إرساله . وإن قلنا : لا يزول ، صحت الاعارة وعلى الحلال القيمة إن تلف عنده .

فرع

دفع شاة إلى رجل وقال : ملَّكتك درَّها ونسلها ، فهي هبة فاسدة ، وما حصل في يده من الدر والنسل ، كالمقبوض بالهبة الفاسدة ، والشاة مضمونة بالعارية الفاسدة. ولو قال: أبحت لك درها ونسلها ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله : ملكتك . والثاني : أنها إباحة صحيحة ، والشاة عارية صحيحة ، وبه قطع المتولي .

قلت : هذا أصح ، واختاره أيضاً القاضي أبو الطيب ، وصاحب « الشامل » ،وحكم

---

(١) في نسخة الظاهرية : يحرم على الحلال إعارة الصيد للمحرم .

حذان والمتولي بالصحة فيا إذا أعاره الشاة ليأخذ لبنها ، أو أعاره شجرة ليأخذ ثمرها.

والله أعلم

فعلى هذا ، قد تكون العارية لاستفادة عين ، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة ، بخلاف الاجارة . ولو قال : ملكتك درها ، أو أبحتكه على أن تعلفها ، قال البغوي : العلف أجرة الشاة وثمن الدر والنسل ، فالشاة غير مضمونة لانها مقبوضة باجارة فاسدة ، والدر والنسل مضمونان في الشراء الفاسد. وكذا لو دفع قُراضة إلى سقّاء ، وأخذ الكوز ليشرب ، فسقط الكوز من يده وانكسر ، ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد ، ولم يضمن الكوز لأنه في يده باجارة فاسدة ، وإن أخذه مجاناً ، فالكوز عارية ، والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة.

فرع

قال المتولي : تعيين المستعار عند الاعارة ، ليس بشرط . حتى لو قال : أعرني دابة ، فقال : ادخل الاصطبل فخُذ ما أردت ، صحت العارية ، بخلاف الاجارة ، فانها تُصان عن مثل هذا ، لان الغرر لا يحتمل في المعاوضات.

الركن الرابع : الصيغة ، واللفظ المعتد به في الباب ما يدل على الاذن في الانتفاع، كقوله : أعرتك ، أو خذه لتنتفع به ، وما أشبهها. واختلفوا في الواجب من اللفظ ، فالأصح الأشهر ما قطع به البغوي وغيره : أن المعتبر اللفظ من أحد الطرفين ، والفعل من الآخر . حتى لو قال المستعير : أعرني ، فسلمه المالك إليه ، صحت الاعارة ، كما لو قال : خذه لتنتفع به ، فأخذه ، قياساً على إباحة الطعام. وقال الغزالي : يعتبر اللفظ من جهة المعير ، ولا يعتبر من جهة المستعير ، وإنما يعتبر

منه القبول ، إما بالفعل وإما بالقول . وقال المتولي : لا يعتبر اللفظ في واحد منهما، حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً فلبسه ،تمت العارية . وكذا لو فرش لضيفه فراشاً أو بساطاً أو مصلّىً ، أو ألقى له وسادة فجلس عليها ، كان ذلك إعارة، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفُرُش المبسوطة ، لانه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه ، ولا بد في العارية من تعيين المستعير ، وهذا الذي قاله المتولي فيه تمام التشبيه بإباحة الطعام ، ويوافقه ما حكي عن الشيخ أبي عاصم ، أنه إذا انتفع بظرف الهدية المبعوثة إليه حيث جرت العادة باستعماله ، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها ، كان عارية ، لانه انتفاع بملك الغير باذنه .

قلت : هذا المحكي عن أبي عاصم ، هو فيما إذا كانت الهدية لا تقابل . فأما إن كانت عوضاً ، فالظرف أمانة في يده كالاجارة الفاسدة، كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم . والله أعلم

فرع

قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك ، فهي إجارة فاسدة ، وعلى كل واحد أجرة مثل دابة صاحبه ، وكذا الحكم ،لو أعاره شيئاً بعوض مجهول ، كما لو أعاره دابة ليعلفها ، أو داره ليطين سطحها ، وكذا لو كان العوض معلوماً ، ولكن مدة الاعارة مجهولة، كقوله : أعرتك داري بعشرة دراهم ،أو لتعيرني ثوبك شهراً. وفي وجه ضعيف : أنها عارية فاسدة ،نظراً إلى اللفظ ، فعلى هذا تكون مضمونة عليه، وعلى الاول:لا ضمان ، ولو بيَّن مدة الاعارة وذكر عوضاً معلوماً ، فقال :أعرتك هذه الدار شهراً من اليوم بعشرة دراهم ، أو لتعيرني ثوبك شهراً من اليوم ،فهل هي إجارة صحيحة ،أو إعارة فاسدة؟ وجهان،بناءً على أن الاعتبار باللفظ ،أو المعنى؟

فرع

دفع دراهم إلى رجل وقال : اجلس في هذا الحانوت واتجر فيها لنفسك ، أو دفع اليه بذراً وقال : ازرعه في هذه الارض ، فهو معير للحانوت والأرض ، وأما الدراهم والبذر ، فهل يكون هبة ، أم قرضاً ؟ وجهان.

الباب الثاني
في أحكامها

وهي ثلاثة .

الأول : الضمان . فاذا تلفت العين في يد المستعير ، ضمنها، سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله ، بتقصير أم بلا تقصير،هذا هو المشهور.وحكي قول : أنها لا تُضمن إلا بالتعدي فيها ،وهو ضعيف . ولو أعار بشرط أن يكون أمانة ، لغا الشرط وكانت مضمونة ، وإذا ضمن ،ففي القيمة المعتبرة أوجه. أصحها : قيمته يوم التلف. والثاني : يوم القبض . والثالث : أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف.ويبنى على هذا الخلاف ،أن العارية إذا ولدت في يد المستعير ، هل يكون الولد مضموناً في يده ؟ إن قلنا بالثالث ، كان مضموناً،وإلا ، فلا . وليس له استعماله بلا خلاف.

قلت : ولو استعار دابة وساقها ، فتبعها ولدها ولم يتكلم المالك فيه باذن ولا نهي ، فالولد أمانة،قاله القاضي حسين في « الفتاوى». والله أعلم

والمقبوض على جهة السوم ، إذا تلف ، في المعتبر من قيمته هذه الأوجه ، لكن قال الامام : الأصح فيه قيمته يوم القبض . وقال غيره : الأصح يوم التلف،

هذا إذا تلفت العارية لا بالاستعمال ، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه ، بأنه انمحق الثوب باللبس ، فلا يجب ضمانه على الأصح كالاجزاء . وقيل : يضمن ، فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يضمن العين بجميع أجزائها ، وبه قطع الامام . وأصحهما : يضمنه في آخر حالات التقويم ،وبه قطع البغوي . وأما الاجزاء ، فما تلف منها بسبب استعمال المأذون فيه ، كانمحاق الثوب باللبس ، لا يجب ضمانه على الصحيح ، وما تلف منها بغير الاستعمال ، ففيه وجهان . أحدهما :لا يضمن، كالتالف بالاستعمال . وأصحهما : الضمان ، كتلف العين كلها . وأما إذا تلفت الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد ، فهو كانمحاق الثوب ، وتعييبها به كالانمحاق . وعن القفال : لو قرّح ظهرها بالحمل وتلفت منه ، يضمن ،سواء تعدى بما حمل ،أم لا ، لأنه إنما أذن في الحمل ،لا في الجراحة ، وردّها إلى المالك لا يخرجه عن الضمان ، لأن السراية تولدت من مضمون ، وهذا في الحمل الذي هو غير متعد به ،تفريع على وجوب الضمان في صورة الانمحاق ، كذا ذكره الامام .

فرع

مؤنة الرّد على المستعير ، هذا كله إذا استعار من المالك . فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة ، فتلفت العين ، فوجهان . أحدهما : يضمن كما لو استعار من المالك . وأصحهما : لا يضمن ،لأن المستأجر لا يضمن وهذا نائبه ، ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن ردّ على المستأجر ، وعلى المالك إن ردّ عليه كما لو ردّ عليه المستأجر .

فرع

إذا استعار العين المغصوبة من الغاصب ، وتلفت في يده ، غرّم المالك من شاء

منها قيمته يوم التلف،وقرار الضمان على المستعير. فان كانت قيمته قبل يوم التلف أكثر ،نظر، إن كانت الزيادة في يد المعير الغاصب ،لم يطالب بها غيره .وإن كانت في يد المستعير ، فان قلنا: العارية تضمن بأقصى القيم،فهي كقيمته يوم التلف ، وإلا،فالزيادة كبدل المنافع. وحكم بدل المنافع ، أن ما تلف منها تحت يده، فقرار الضمان على المعير ، لأن يد المستعير في المنافع ليست يد الضمان . والتي استوفاها بنفسه فيها قولان . أظهرهما : على المستعير ، لمباشرته الاتلاف ، والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمنّا المستعير من المستأجر ، وإلا ، فيرجع بالقيمة التي غرّمها على المستأجر ، ويرجع المستأجر على الغاصب .

فرع

إذا أركب وكيلَه الذي استعمله في شغله دابة الموكّل، وسيّره إلى موضع، فتلفت الدابة في يده بلا تفريط ، فلا ضمان ،لأنه لم يأخذها لغرض نفسه ، وكذا لو سلمها إلى رائض ليروّضها ، أو كان له عليها متاع نفيس فأركب إنساناً فوقه إحرازاً للمال ، فلا ضمان .

فرع

لو وجد [مَنْ] أعيا في الطريق فأركبه فتلفت الدابة، فالمذهب أنه يضمن،سواء التمس الراكب أو ابتدأه المركب ، ومال الامام ، إلى أنه لا يضمن، وجعل الغزالي هذا وجهاً ، وزعم أنه الأصح ، والمعروف الأول ، وهو الصواب . ولو أركبه مع نفسه ، فعلى الرديف نصف الضمان ، ورأى الامام أنه لا شيء عليه ، تشبيهاً بالضيف . وعلى المذهب : لو وضع متاعه على دابة رجل،وقال الواضع : سيّرها،

ففعل ، كان صاحب المتاع مستعيراً من الدابة بقسط متاعه مما عليها ،حتى لو كان عليها مثل متاعه فتلفت ،ضمن نصف الدابة.ولو لم يقل الواضع:سيّرها، لكن سيّرها المالك، لم يكن الواضع مستعيراً ،بل يدخل المتاع في ضمان صاحب الدابة ،لأنه كان حقه أن يطرحه . ولو كان لأحد الرفيقين في السفر دابة، وللآخر متاع ، فقال صاحب المتاع للآخر : احمل متاعي على دابتك ،فأجابه، فصاحب المتاع مستعير . ولو قال: صاحب الدابة : أعطني متاعك لأضمه على الدابة، فهو مستودع متاعه ، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع ، ذكره البغوي .

فرع

استعار دابة ليركبها إلى موضع، فجاوزه ،فهو متعدٍّ من حين المجاوزة، وعليه أجرة المثل ذهاباً من ذلك الموضع ورجوعاً إليه .وفي لزوم أجرة المثل من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه ، وجهان . فان أوجبناها ، فليس له الركوب من ذلك الموضع، بل يسلمه إلى قاضي الموضع الذي استعار إليه .

[قلت : الأصح] (١)

فرع

أودعه ثوباً وقال : إن شئتَ أن تلبسه فالبسه ، فهو بعد اللبس عارية، وقبله وديعة على الصحيح ، وقيل: عارية ،لانه مقبوض لتوقّع نفع كالمقبوض بالسوم.قال صاحب « التقريب » :ولو قيل : لا ضمان في السوم تخريجاً من هذا ، لم يبعد .

---

(١) في هامش نسخة الظاهرية : بياض بالاصل .

فرع

استعار صندوقاً ، فوجد فيه دراهم ، فهي أمانة عنده ، كما او طيَّرت الريح ثوباً في داره .

الحكم الثاني : تسلط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المعير ، وفيه مسائل .

الاولى : إذا أعاره أرضاً للزراعة ، فان بيَّن ما يزرعه ، كقوله : أعرتك لزراعة الحنطة ، نظر ، إن لم ينهه عن غيرها ، فله أن يزرع الحنطة وما ضرره كضررها أو دونه كالشعير ، وليس [له] أن يزرع مافوقها كالذرة والقطن . وإن نهاه عن غيرها ، لم يكن له زرع غيرها . وحيث زرع ما ليس له ، فللمعير قلعه مجاناً . وإن أطلق ذكر الزراعة ولم يبين المزروع ، صحت الاعارة على الأصح ، ويزرع ما شاء ، لاطلاق اللفظ . والثاني : لا يصح ، لتفاوت الضرر . ولو قيل : يصح ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً ، لكان مذهباً .

الثانية : إذا أعار للزراعة ، لم يكن له البناء ولا الغراس . وإن أعار لأحدهما ، فله الزراعة ، وليس له الآخر على الأصح .

قلت : حكى صاحب « المهذب » وغيره وجهاً : أنه لا يجوز الزرع إذا استعار للبناء ، لأن الزرع يرخي الأرض ، بخلاف البناء . والصحيح : الجواز . والله أعلم

الثالثة : إذا كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة ، كالبساط الذي لا يصلح إلا لأن يفرش ، فلا حاجة في إعارته إلى بيان الانتفاع ، وإن كان ينتفع به بجهتين فصاعداً ، كالأرض تصلح للزراعة ، والبناء ، والغراس ، وكالدابة للركوب ، والحمل ، فهل

تصح الاعارة مطلقاً، أم يشترط بيان جهة الانتفاع ؟ وجهان . أصحهما عند الامام، والغزالي: الثاني ، وقطع الروياني والبغوي بالاول .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم

فعلى الاول : له أن ينتفع كيف شاء.وقال الروياني: ينتفع بما هو العادة فيه ،وهذا أحسن . وعلى الثاني : لو قال : أعرتك لتنتفع به كيف شئت ، أو لتفعل به ما بدا لك ، فوجهان .

الحكم الثالث : الجواز . فللمعير الرجوع متى شاء ، وللمستعير الرد متى شاء، سواء العارية المطلقة والمؤقتة ، إلا في صورتين.

الاولى : إذا أعار أرضاً لدفن ميت ،فدفن ، لم يكن له الرجوع ونبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون ، وله سقي الاشجار التي فيها إن لم يُفْضِ إلى ظهور شيء من بدن الميت ، وله الرجوع مالم يوضع فيه الميت ، قال المتولي : وكذا بعد الوضع مالم يواره التراب . قال : ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن، على ولي الميت ، ولا يلزمه طمها .

قلت : كذا هو في نُسخ كتاب الامام الرافعي رحمه الله ،وهو غلط في النقل عن المتولي ، فان المتولي قال : إذا رجع في العارية بعد الحفر وقبل الدفن ،غرم لولي الميت مؤنة الحفر ،لأنه باذنه في الحفر أوقعه في التزام ماالتزام ، وفوّت عليه مقصوده لمصلحة نفسه، فهذا لفظ المتولي بحروفه ،وهو الصواب. والله أعلم

وإطلاق الاعارة ، لا يسلّط على الدفن قطعاً وإن كان يسلّط على ما شاء من المنافع على الوجهين كما سبق ، والفرق ظاهر .

قلت : في « البيان » وغيره : أنه لو أعار أرضاً ليحفر فيها بئراً ، صحت العارية . فاذا نبع الماء ، جاز للمستعير أخذه،لأن الماء يستباح بالاباحة . والله أعلم

الصورة الثانية : إذا أعاره جداراً لوضع الجذوع ، ففي جواز الرجوع وجهان . فان جوزناه ، فهل فائدته طلب الاجرة للمستقبل،أم التخيير بينه وبين القلع وضمان أرش النقص ؟ وجهان . وقد سبق بيان هذا كله واضحاً مع بيان الاصح في كتاب الصلح .

قلت : ومن أحكامها ، أنه لو مات المعير ،أو جُنّ،أو أغمي عليه ، أو حجر عليه لسفه ، انفسخت الاعارة كسائر العقود الجائزة . وإن مات المستعير، انفسخت أيضاً ،لأن الاذن بالانتفاع إنما كان للمستعير دون وارثه ، وإذا انفسخت، وجب على المستعير ردها ، ذكر هذه الجملة المتولي. والله أعلم

فصل

إعارة الأرض للبناء أو الغراس ، ضربان : مطلقة لم يبين لها مدة ، ومقيدة بمدة . الأول : المطلقة ،وللمستعير فيها أن يبني ويغرس مالم يرجع المعير، فاذا رجع، لم يكن له البناء والغراس . ولو فعل وهو عالم بالرجوع ، قلع مجاناً، وكلف تسوية الأرض كالغاصب . وإن كان جاهلاً ، فوجهان كالوجهين فيما إذا حمل السيل نواة إلى أرضه فنبتت . وأما ما بني وغرس قبل الرجوع ، فان أمكن رفعه من غير نقص يدخله ، رفع ، وإلا ، فينظر ، إن شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه، وتسوية الحفر ، لزمه ، فان امتنع ، قلعه المعير مجاناً،وإن شرط القلع دون التسوية،

لم تلزمه التسوية ،لأن شرط القلع رضىً بالحفر . وإن لم يشرط القلع ، نظر ، إن أراده المستعير ، مكِّن منه ،لانه ملكه ، ويلزمه تسوية الحفر على الأصح .

قلت :كذا صححه الجمهور : أنه يلزمه تسوية الحفر هنا منهم القاضي أبو الطيب في « المجرد » وصاحب « الانتصار » وغيرهما ، وبه قطع المحاملي في « المقنع » والروياني في « الحلية » وهو الاصح . ولا يغتر بتصحيح الرافعي في « المحرر »: أنه لا يلزمه ، فانه ضعيف ، نبهتُ عليه في « مختصر المحرر » . والله أعلم

وإن لم يُرده ، لم يكن للمعير قلعه مجاناً ،لأنه محترم،ولكن يتخير المعير . وفيما يتخير ؟ فيه أوجه . أحدها ، وبه قطع الامام ، وأبو الحسن العبادي ، والغزالي: يتخير بين ثلاث خصال . إحداها : أن يبقيه بأجرة يأخذها . والثانية : أن يقلع ويضمن أرش النقص، وهو قدر التفاوت بين قيمته نابتاً ومقلوعاً . والثالثة : أن يتملكه بقيمته ، فان اختار خصلة ،أجبر عليها المستعير . والثاني ، وبه قطع البغوي: لابدّ في الخصلة الأولى والثالثة من رضى المستعير ، لان الاولى إجارة والثالثة بيع . والثالث : يتخير بين خصلتين ،القلع وضمانِ الارش،والتملك بالقيمة ،وبهذا قطع أبو علي الزجاجي وأكثر العراقيين وغيرهم، وهذا أصح في المذهب. فعلى هذا ، لو امتنع من الخصلتين، وبذل المستعير الاجرة ، لم يكن للمعير القلع مجاناً . وإن لم يبذلها،فكذلك على الاصح،وبه قطع المخيِّرون بين الخصال الثلاث إذا امتنع منها جميعاً. وما الذي يفعل فيه ؟ وجهان . أحدهما : وبه قال [أبو علي] الزّجاجي : يبيع الحاكم الارض مع البناء أو الغراس لفصل الخصومة. وقال الاكثرون ، منهم المزني: يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختارا شيئاً ، ويجوز للمعير دخول الارض،والانتفاع بها، والاستظلال بالبناء والشجر ، لانه جالس في ملكه ،وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير إذن المعير ، ويجوز لسقي الاشجار وإصلاح الجدار على الاصح ،صيانة لملكه عن

الضياع . ووجه المنع :أنه يشغل ملك غيره إلى أن يصل إلى ملكه .وعلى الاول: لو تعطلت المنفعة على صاحب الارض بدخوله ، قال المتولي :لا يمكّن إلا بالاجرة، ولكل واحد من المعير والمستعير بيع ملكه للآخر ، وللمعير بيع ملكه لثالث، ثم يتخير المشتري تخير المعير ، وهل للمستعير بيع البناء والغراس لثالث ؟ وجهان . أصحهما : الجواز . فعلى هذا ، يتنزل المشتري منزلة المستعير ، وللمعير الخيار كما سبق[1] وللمشتري فسخ البيع إن جهل الحال . ولو اتفق المعير والمستعير على بيع الارض بما فيها بثمن واحد ، فقد قيل : هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد، فباعاهما بثمن واحد ، والمذهب :القطع بالجواز للحاجة. ثم كيف يوزع الثمن هنا، وفيما إذا باعها الحاكم على أحد الوجهين ؟قال المتولي:هو على الوجهين فيما إذا غرس الراهن الارض المرهونة . وقال البغوي : يوزع على الارض مشغولة بالغراس أو البناء ، وعلى ما فيها وحده ، فحصة الارض للمعير ، وحصة ما فيها للمستعير ، وحكم الدخول والانتفاع والبيع، على ما ذكرنا في ابتداء الرجوع إلى الاختيار، وفيما إذا امتنعا من الاختيار وأعرض القاضي عنهما سواء .

الضرب الثاني : المقيدة بمدة . وللمستعير البناء والغراس في المدة ، إلا أن يرجع المعير ، وله أن يجدد كل يوم غرساً ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والغراس . وإذا رجع المعير قبل المدة أو بعده ، فالحكم كما لو رجع في الضرب الاول ، لكن هنا وجه: أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة ، وقول: أنه إذا رجع بعد المدة ، فله القلع مجاناً، نقله الساجي ، واختاره الروياني . والمذهب : الاول .

---

(١) في الأصل : فعلى هذا يتنزل المشتري تنزل المعير ،وللمستعير الخيار كما سبق ،وما أثبتناه من نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز ».

فرع

قال المتولي : إذا بنى أحد الشريكين ، أو غرس في الأرض المشتركة بإذن صاحبه ، ثم رجع صاحبه ، لم يكن له القلع بأرش النقص ، لأنه يتضمن قلع بناء المالك في ملكه ، وليس له أن يتملك بالقيمة ، لأن للباني في الأرض مثل حقه ، لكن له الابقاء بأجرة . فان لم يبذلها الباني ، فهل يباع أو يعرض عنها ؟ فيه ماسبق .

قلت : كذا قال المتولي : فان لم يبذلها الباني ، وكان ينبغي أن يقول : فان لم يرض بها الشريك ، فان بذل الباني ، ليس بشرط على المختار كما تقدم ، ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه ، قلعه مجاناً ، وسيأتي بيانه في بناء المشتري في المشفوع . والله أعلم

فصل

أعار للزرع ، فزرعها ، فرجع قبل إدراك الزرع ، فان كان بما يعتاد قطعه ، كلّف قطعه ، وإلا ، فأوجه ، أحدها : للمعير أن يقلع ويغرم أرش النقص . والثاني : له تملكه بالقيمة ، قاله القاضي أبوالطيب . والثالث وهو الصحيح : لا تثبت واحدة من هاتين الخصلتين ، لأن للزرع أمداً ، بخلاف البناء والغراس ، فعلى هذا ، يلزم المعير إبقاؤه إلى أوان حصاده ، وهل له الأجرة ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وهو منقول عن المزني ، واختاره الروياني ، لان منفعة الارض إلى الحصاد كالمستوفاة . وأصحها : نعم ، لانه إنما أباح له المنفعة إلى وقت الرجوع ، فأشبه من أعار دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق ، فان عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل . ولو أعار

لزرع مدة ، فانقضت والزرع غير مدرك ، فان كان ذلك لتقصيره في الزراعة بالتأخير، قلع مجاناً ، وإلا ، فهو كما لو أعار مطلقاً .

فرع

لو أعار للفسيل ، قال الشيخ أبو محمد : إن كان ذلك مما يعتاد نقله ، فهو كالزرع ، وإلا ، فكالبناء .

فرع

قال البغوي : إذا أعار الزرع مطلقاً ، لم يزرع إلا زرعاً واحداً ، وكذا لو أعار للغراس ،فغرس وقلعه ، لا يغرس بعده إلا باذن جديد . وهذا يبيّنُ أن قولنا : المستعير للبناء والغراس مطلقاً يبني ويغرس ما لم يرجع المعير ، معناه : البناء المأذون فيه ،وهو مرة واحدة ، إلا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى .

فصل

إذا حمل السيل حبات أو نوىً لغيره إلى أرضه ، لزمه ردها إلى مالكها إن عرفه ، وإلا ، فيدفعها إلى القاضي ، ولو نبتت في أرضه ، فوجهان . أحدهما : لا يجبر مالكها على قلعها ، لأنه غير متعد . فعلى هذا ، هو مستعير ، فينظر في النابت أهو شجر ، أم زرع ؟ ويكون الحكم على ما سبق . وأصحهما : يجبر ، لأن المالك لم يأذن ، فهو كما لو انتشرت أغصان شجرة في هواء دار غيره ، فله قطعها . ولو حمل مالاقيمة له ، كنواة واحدة ، أو حبة ، فهل هي لمالك الأرض لأن التقوُّم حصل

في ملكه ؟ أم لمالك الحبة لانها كانت محرّمة الأخذ ؟ وجهان . فعلى الثاني : في قلع النابت ، الوجهان .

قلت : الاصح : كونها لمالك الحبة ، وهذا في حبة ونواة لم يعرض عنها مالكها، أما إذا أعرض عنها أو ألقاها ، فينبغي القطع بكونها لصاحب الارض . والله أعلم

ولو قلع صاحب الشجرة شجرته ، لزمه تسوية الارض ، لانه لتخليص ملكه .

فصـــل
في الاختلاف

وفيه مسائل .

الاولى : قال راكب الدابة لمالكها : أعرتنيها . فقال : بل أجرتكها مدة كذا بكذا ، فتارة يختلفان والدابة باقية ، وتارة [يختلفان] وهي تالفة .

الحال الاول : الباقية ، وهو ضربان .

أحدها : يختلفان بعد مضي مدة لمثلها أجرة . والثاني : قبلها . فالاول : نص فيه أن القول قول الراكب بيمينه . ونص فيما إذا زرع أرض غيره واختلفا هكذا ، أن القول قول صاحب الارض . والله أعلم

والأصحاب طريقان . أحدها : تقرير النصين ، واختاره القفال ، لان الدواب تكثر فيها الاعارة ، بخلاف الارض . وأصحها عند الجمهور ، وبه قال المزني ، والربيع ، وابن سريج : فيها قولان . أظهرها : القول قول المالك ، فعلى هذا كيف يحلف ؟ وجهان . قال الشيخ أبو محمد وطائفة : يحلف على نفي الاعارة ، ولا يتعرض لاثبات

الاجرة ، لانه مدّعٍ فيها . وقال العراقيون والقاضي والاكثرون : يتعرض لاثبات الاجرة مع نفي الاعارة . فعلى الاول : إذا حلف ، استحق أقل الامرين من أجرة المثل والمسمى . وعلى الثاني : أوجه . أحدها : يستحق المسمى . والثاني : أقل الأمرين . وأصحها وهو نصه في « الام » :أجرة المثل . فلو نكل المالك عن اليمين ، لم يحلف الراكب والزارع ، لأنهما لا يدّعيان حقاً على المالك ، وإنما يدّعيان الاعارة وليست لازمة . وعن القاضي حسين رمز إلى أنهما يحلفان للتخلص من الغرم ، أما إذا قلنا : القول قول الراكب والزارع ، فان حلف على نفي الاجارة ، كفاه وبرىء ، وإن نكل ، ردت اليمين على المالك ، واستحق بيمينه المسمى على الصحيح ، وعلى الشاذ أجرة المثل .

الضرب الثاني : أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة ، فالقول قول الراكب بيمينه . فاذا حلف على نفي الاجارة ، سقطت دعوى الأجرة ، وردت العين إلى المالك . وإن نكل ، حلف المالك يمين الرد ، واستحق الاجرة . وإنما لم يجر القولان ، لأن الراكب لا يدعي لنفسه حقاً ، ولم تتلف المنافع على المالك .

الحال الثاني : أن تكون الدابة تالفة ، فان تلفت قبل مضي مدة لها أجرة ، فالراكب مقر بالقيمة ، والمالك ينكرها ويدعي الاجرة ، فيخرج على الخلاف السابق في كتاب الاقرار : أن اختلاف الجهة ، هل يمنع الأخذ ؟ إن قلنا : نعم، سقطت القيمة برده . وفيمن القول قوله في الأجرة ، الطريقان في الحال الاول . وإن قلنا : لا ، فان كانت الاجرة مثل القيمة أو أقل ، أخذها بلا يمين . وإن كانت أكثر ، أخذ قدر القيمة . وفي المصدق في الزائد ، الخلاف السابق .

المسألة الثانية : قال المتصرف : أعرتني هذه الدابة أو الارض ، فقال المالك: بل غصبتنيها ، فان لم تمض مدة لها أجرة، فلا معنى للمنازعة ، فيُردّ المال إلى مالكه. وإن مضت مدة لها أجرة ، فنقل المزني : أن القول قول المستعير . وللأصحاب

طرق .أصحها :أنها على الطريقين في المسألة الاولى ، ففي طريق : يفرق بين الارض والدابة . وفي طريق : هما على قولين . والطريق الثاني : القطع بأن القول قول المتصرف ، لأن الظاهر أنه تصرف بحق. والثالث : القطع بأن القول قول مالكه ، لأن الأصل عدم إذنه . ومن قال بهذا ، خطّأ المزني في النقل . قال الشيخ أبو حامد : لكنه ضعيف،لان الشافعي رضي الله عنه نص في «الأم»على ما نقله المزني،هذا إذا كانت العين باقية. فلو تلفت ،نظر ، إن تلفت بعد مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة بالغصب ، والمتصرف ينكر الاجرة ويقر بالقيمة بجهة العارية، فالحكم في الاجرة على ما ذكرنا عند بقاء العين . وأما القيمة ، فقال البغوي : إن قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ ، لم يأخذها إلا باليمين ، وإلا ، فان قلنا : العارية تضمن ضمان الغصب ، أو لم نقل به ،وكانت القيمة يوم التلف أكثر ، أخذها بلا يمين ، وإن كانت يوم التلف أقل ، أخذها بلا يمين ، وفي الزيادة يحتاج إلى اليمين . وإن هلكت قبل مدة لها أجرة ، لزمه القيمة (١) .ثم قياس ما ذكره البغوي : أنا إن جعلنا اختلاف الجهة مانعاً من الأخذ ، حلف ، وإلا ، فيأخذ بلا يمين ، ومقتضى كلام الامام : أن لا يخرّج على ذلك الخلاف، لا هذه الصورة ، ولا ما إذا كان الاختلاف بعد مدة لها أجرة ، قال : لأن العين متحدة ، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين . والأول أصح.

الثالثة : قال المالك : غصبتنيها ، وقال المتصرّف : بل أجَّرتني ، فالمذهب : أنه إن كانت العين باقية ، ولم تمض مدة لها أجرة ، فالمصدّق المالك . فاذا حلف ،استرد المال . وإن مضت مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي أجرة المثل ، والمتصرف يقر بالمسمى . فان استويا ، أو كانت أجرة المثل أقل ، أخذ بلا يمين . وإن كانت أجرة المثل أكثر ، أخذ قدر المسمى بلا يمين ، والزيادة باليمين . قال البغوي : ولا يجيء هنا خلاف اختلاف الجهة ، كما لو ادعى المالك فساد الاجارة ، والمتصرف صحتها ،

(١) في الأصل : وإن هلكت بعد مدة لها أجرة ، لزمه القيمة ، وما أثبتناه من نسخ الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

يحلف المالك ،ويأخذ أجرة المثل . وإن كان الاختلاف بعد بقاء العين في يد المتصرف مدة ، وتلفها ، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة ، والمتصرف يقر بالمسمى وينكر القيمة ، فللمالك أخذ ما يقر به بلا يمين ، وأخذ ماينكره باليمين .

الرابعة : قال المالك : غصبتني ، وقال [صاحب اليد] : بل أودعتني ، حلف المالك على الأصح، وأخذ القيمة إن تلف المال ، وأجرة المثل إن مضت مدة لها أجرة .

الخامسة : قال الراكب : أكريتنيها ، وقال المالك : بل أعرتكها ، والدابة باقية ، فالقول قول المالك في نفي الاجارة . فاذا حلف ، استردها . فان نكل ، حلف الراكب واستحق الامساك . ثم إن مضت مدة لها أجرة ، فالراكب يقر بالاجرة ، والمالك ينكرها ، ولا يخفى حكمه . وإن كان هذا الاختلاف بعد هلاك الدابة ، فان هلكت عقب القبض ، فالمذهب : أن المالك يحلف ، ويأخذ القيمة ، لأن الراكب أتلفها ، ويدّعي مسقطاً . وخرّج قول في المسألة الأولى : أن القول قول الراكب ، لأن الأصل براءته ، وإن تلفت بعد مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي القيمة وينكر الاجرة ، والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة . فان قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ ، حلف وأخذ القيمة ، ولا عبرة باقرار الراكب . وإن قلنا : لا يمنع ، وهو الأصح ، فان كانت القيمة والأجرة سواء ، أو كانت القيمة أقل ، أخذها بلا يمين . وإن كانت القيمة أكثر ، أخذ الزيادة باليمين .

فرع

استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع ، لم يلزمه الاجرة، ذكره القفال .

فرع

مات المستعير ، يلزم ورثته الرد وإن لم يطالب المعير .

قلت : قال أصحابنا : الرد الواجب والمبرىء ، هو أن يسلِّم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك . فلو رد الدابة إلى الاصطبل، أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه ، لم يبرأ من الضمان ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الغصب بيان هذا واضحاً . ولو رد الدابة إلى دار المعير ، فلم يجده ، فسلَّمها إلى زوجته ، أو ولده، فان سلَّمها المتسلِّم إلى المدَّعي ، فضاعت ، فالمعير بالخيار ، إن شاء ضمَّن المستعير [١] ، وإن شاء غرَّم الزوجة أو الولد . فان غرَّم المستعير ، رجع عليهما ، وإن غرَّمهما، لم يرجعا على المستعير . والله أعلم



تم بعون الله تعالى وتوفيقه ـ الجزء الرابع من كتاب

« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للامام النووي

ويليه الجزء الخامس ، وأوله : « كتاب الغصب »

---

(١) في نسخ الظاهرية : ولو رد الدابة الى دار المعير فلم يجده، فسلمها الى زوجته أو ولده ، فأرسلها المتسلم إلى المرعى فضاعت، فالمعير بالخيار ، إن شاء غرم المستعير ...

الفهرس

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

★ ★ ★